

MARA ANGELITA NESTOR FERREIRA

FUNDAMENTOS ÉTICOS PARA
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^º Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MARA ANGELITA NESTOR FERREIRA

FUNDAMENTOS ÉTICOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do estado, Curso de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Profº Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público - UFPR

Profº Dr. Celso Luiz Ludwig
Departamento de Direito Privado - UFPR

Profº Dr. Emerson Gabardo
Departamento de Direito Público - UNIBRASIL

Curitiba, 14 de maio de 2009.

À minha família maravilhosa:

Nita, mãe querida, pelo apoio e dedicação incondicional,
Meus valorosos filhos Letícia e Luiz Henrique,
pela alegria contagiante e genuína sinceridade,
Ennio, cúmplice de uma vida, pelo amor e sabedoria que me fazem seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, estimado mestre e orientador que produziu o “encantamento” pelo Direito Administrativo ainda na graduação, como também, não mediu esforços em me incentivar, contribuindo para o avanço pessoal e acadêmico.

À querida Eneida Desiree Salgado, pelo carinho com que acolheu meu trabalho, procedendo a revisão do conteúdo com “bondade crítica” impagável - não tenho como agradecer.

À Ana Claudia Finger pelos valiosos empréstimos e indicação de boa leitura.

A Rose e Susana, minhas companheiras que tiveram paciência e souberam entender os momentos de agonia que dividi com elas.

Aos meus amigos Gilson e César, por suportar meus momentos de crise epistemológica e, principalmente as psicológicas – muito obrigado!

Ao Celso Ludwig, pela oportunidade de participar do NEFIL.

Aos professores Fachin, Fabrício Tomio, Katya Kozick, Eduardo Leite e Ângela Costaldello, o carinho pelos ensinamentos e, principalmente pela oportunidade de ver as coisas com outros olhos.

Ao José Manoel e Damasceno pela acolhida quando do meu retorno “à casa jurídica”, contribuindo para meu aperfeiçoamento profissional.

À Sandra e Laura, da Secretaria da Pós-Graduação em Direito da UFPR, pelos cuidados e atenção que dedicam aos alunos do Programa.

“A relação de mestre e discípulo não é
firmemente estabelecida quando você se tornar um bom discípulo.
A relação de mestre e discípulo depende do
comprometimento do discípulo.

Quando o discípulo busca o mestre e empenha-se
sinceramente para crescer, sua vida e seu espírito ressoam
com a vida e o espírito do mestre, e suas
capacidades ilimitadas anteriormente ocultas são desvendadas”

Daisaku Ikeda

“Um discípulo é
mais que um filho.
O discípulo é um
segundo nascimento”

Mahatma Gandhi

SUMARIO

RESUMO.....	viii
RIASSUNTO.....	ix
INTRODUÇÃO.....	01
 Parte 1 – ASPECTOS CONCEITUAIS E CORRENTES FILOSÓFICAS	
1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS.....	07
1.1.1 A intersecção da Ética e a Administração Pública.....	11
1.2 CORRENTES FILOSÓFICAS.....	14
1.2.1 A referência Aristotélica.....	14
1.2.2 O conteúdo normativo.....	21
1.2.3 A ética discursiva.....	28
 Parte 2 - OS MODELOS ÉTICOS VIGENTES NA ESFERA ADMINISTRATIVA CONTEMPORÂNEA	
2.1 Alguns modelos éticos contemporâneos.....	41
2.2 Aspectos relacionados ao controle ético da administração Pública brasileira.....	44
2.3 A profissionalização da Administração Pública como instrumento de disseminação de padrões éticos.....	48
2.4 Na administração pública comparada.....	53
2.4.1 Alguns modelos europeus.....	53
2.4.2 O modelo estadunidense.....	57
2.4.3 A América Latina.....	61
2.4.4 Visão panorâmica de outros países.....	63
a) Espanha.....	63
b) Uruguai.....	63
c) México.....	64
 Parte 3 – A CRISE INSTAURADA	
3.1 Mutações e desdobramentos.....	66
3.2 As transformações do Estado contemporâneo.....	67
3.3. Reflexões sobre a dicotomia público-privado.....	74
3.3.1 Privatização do público.....	77
3.3.2 Publicização do privado.....	86
3.4 Re-significando a discussão entre Moral e Direito.....	90
3.5 A necessária re-leitura de algumas categorias.....	93

Parte 4 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 A reflexão sobre os significantes e significados.....	102
4.2 Os princípios constitucionais na Administração Pública.....	105
4.3 Ética e Moralidade administrativa.....	110
4.3.1 Reflexões sobre a autonomia do princípio constitucional da moralidade.....	111
4.3.2 Aspectos da moralidade administrativa.....	114
4.4 Princípio da Legalidade.....	117
4.4.1 A juridicidade como proposta.....	121
4.4.2 A legalidade como orientação ética.....	123
4.5 Princípio da Eficiência.....	124
4.5.1 A Ética e o princípio da eficiência.....	131
4.6 O princípio da impessoalidade.....	134
4.6.1 Ética e o princípio da impessoalidade.....	137
4.7 Princípio da publicidade.....	138
4.7.1 Ética e publicidade.....	141
4.8 Direito fundamental à boa administração.....	142

SÍNTESE CONCLUSIVA.....	147
--------------------------------	------------

REFERÊNCIAS	151
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	160
--------------------------	------------

RESUMO

A preocupação com a moralidade pública não é recente. O tema sempre esteve presente no interior do debate do Direito Administrativo pátrio e comparado. Mas, com o advento da Constituição-cidadã em 1988, elencando a moralidade à categoria de princípio constitucional a ser observado em todos os atos produzidos no ambiente público, a discussão ganhou espaço na sociedade espraiando-se. Ganhou também o espaço privado, embora numa perspectiva diferente. Atualmente, podem-se observar Códigos e Conselhos de Ética estabelecidos no interior das empresas, com objetivo de balizar o comportamento dos empregados em relação aos valores instituídos pela corporação. Assim, na contemporaneidade, encontrou-se terreno fértil ao debate que está a consolidar um ponto comum: a ética constitui-se em ingrediente indispensável para a construção da vida digna. No entanto, apesar do entendimento pacífico sobre a imprescindibilidade deste valor, observa-se que a retórica é mais evidente que a ação prática, isto é, o discurso legitimador da eticidade ainda não restou consumado nos moldes estabelecidos pela Carta Magna. Verifica-se a ampliação do rol de instrumentos de controle da atuação administrativa, o que é salutar; mas, também, proliferou a produção de diplomas legais visando combater a corrupção, demonstrando que os preceitos constitucionais destinados a regular a atuação administrativa de forma ética não estão sendo respeitadas. O objetivo deste trabalho é oportunizar a reflexão sobre a ética no espaço público, ressaltando que na sociedade atual, marcada pela complexidade, diversidade, pluralidade e fluidez, onde os valores encontra-se em constante mutação, esta mediação busca alcançar os modelos éticos vigentes, bem como seu respectivo conteúdo, ou seja, qual substrato da eticidade suficiente para dar conta desta realidade que se apresenta. Nesta perspectiva, os princípios constitucionais desempenham papel fundamental, pois se instituem como vetores a alicerçar os parâmetros eleitos pela sociedade brasileira, inseridos na Constituição Federal como resultado do regime democrático de Direito.

RIASSUNTO

La preoccupazione con la moralità pubblica non è recente. Il tema è stato sempre presente all'interno del dibattito del Diritto Amministrativo patrio e comparato. Però, con l'avvento della "Costituzione-cittadina" nel 1988, elevandosi la moralità alla categoria di principio costituzionale da venir osservato in tutti gli atti prodotti nel settore pubblico, la discussione ha ottenuto spazio nella società, diffondendosi. E si è stata inserita anche nel settore privato, anche se in una prospettiva diversa. Attualmente si possono osservare dei "Codici" e dei "Consigli di Etica" stabiliti all'interno delle aziende, con l'obiettivo di limitare il comportamento degli impiegati per quanto riguardano i valori istituiti dalla corporazione.

Così, contemporaneamente, si è stato stabilito un terreno adatto al dibattito che consolida un punto comune: l'etica è diventata l'ingrediente indispensabile alla costruzione di una vita degna.

Nonostante l'intendimento pacifico sulla imprescindibilità di questo valore, si osserva che la retorica è più evidente dell'azione pratica, cioè, il discorso che rende legittima l'eticità non è ancora stato consumato nei modelli stabiliti dalla Carta Costituzionale. Si verifica l'ampliamento dell'elenco degli strumenti di controllo dell'attuazione amministrativa, ciò che è salutare, ma che ha anche fatto proliferare la produzione di leggi, con lo scopo di combattere la corruzione dimostrandosi, così, che i precetti costituzionali destinati a regolare l'attuazione amministrativa in modo etico, non sono davvero rispettati.

L'obiettivo di questo lavoro è quello di rendere possibile la riflessione sull'etica nell'ambito pubblico, mettendosi in evidenza che nell'attuale società segnata dalla complessità, diversità, pluralità e fluidità, nella quale i valori sono in costante mutamento, questa mediazione cerca di raggiungere i modelli etici vigenti, ed anche il loro rispettivo contenuto, ossia, quale sostrato dell'eticità sufficiente per affrontare in modo efficace questa realtà che ci si presenta.

In questa prospettiva i principi costituzionali hanno un ruolo fondamentale, perché si istituiscono come vettori abili a basare i parametri eletti dalla società brasiliana, inseriti nella Costituzione Federale come risultato del Regime Democratico di Diritto.

INTRODUÇÃO

O mundo mudou! A história recente da humanidade aponta as inúmeras transformações que ocorreram - conceitos antes bem consolidados restaram por sucumbir diante da modernidade líquida¹ - categorias se alteraram, umas surgiram, outras desapareceram. Na era 'líquida moderna', os meios de controle são mais eficientes, pois não tem o Estado como fundamento e sim os meios de comunicação, o marketing e a moda². Aconteceu na filosofia, na sociologia, no direito, enfim, em todas as áreas tocadas pela mão humana. Não foi diferente com instituições – mercado e Estado, compelidas a adaptar-se diante da nova realidade³.

Nesse ambiente movediço, mister se faz proceder a re-leitura dos institutos jurídicos à luz das transformações ocorridas⁴. Inadmissível, diante da

¹ Para Zygmunt Bauman, a modernidade persiste – ser moderno implica em buscar 'modernizar-se' a todo custo, tudo o que está em torno do homem, inclusive o próprio homem busca 'modernizar-se'. A diferença é que a modernidade não é mais 'sólida', eis que em constante mutação, por isso, 'líquido-moderna'. Vale dizer: sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. Segundo sua argumentação, há uma redistribuição e re-locação dos poderes modernos, configurando uma nova ordem social, mais leve e mais fluida, que inaugura outro sistema de controle. outro sistema. BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

² A exclusão por meio da impossibilidade de acesso a tudo aquilo que é "in": clubes, shoppings, cartões de crédito, etc. Neste cenário, a dominação passa a ser "fazer com que o indivíduo queira fazer parte desta realidade, isto é, ter cartões de crédito, colocar os filhos em escola particular, sair da periferia e morar em centros, etc. Trata-se de uma nova forma de dominação, sutil e 'um tanto' perigosa, pois o indivíduo passa a construir sua identidade por meio de 'uma ilusória liberdade', pois atrelada a outras formas de dominação.

³ Sérgio Rouanet assevera que o projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso e, não significa somente a transgressão na prática de princípios aceitos em teoria, mas rejeição dos próprios princípios – recusa dos valores civilizatórios propostos pela modernidade. ROUANET, Sérgio Paulo. Mal-estar da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

⁴ Juarez Freitas assevera que no tempo atual, não há espaço para "acastelar-se em elucubrações vãs, na ânsia de interpretar fossilizados textos legais, em função de suas vírgulas ou reticências. Não pode limitar a uma postura estática na defesa de uma ordem senil, que não assimila o impacto das exigências sociais. Ao contrário, o jurista tem de colocar seu pensamento e a sua cultura a serviço de uma missão evangelizadora no objetivo de desfazer a rede de peias arquitetadas pelo egoísmo em sua voracidade autofágica de lucro". FREITAS, Juarez. As grandes linhas da filosofia do Direito. 3ª. Ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1993, p. 119.

crise instaurada⁵, tratá-los nos mesmos moldes estabelecidos pelo projeto da modernidade, fundado na universalidade, na individualidade e na autonomia⁶.

Na sociedade brasileira atual, os valores emergentes reclamam outra disposição dos operadores jurídicos. Inaceitável olhar com os mesmos olhos do passado a realidade atual. A clausura, própria do dogmatismo, marcada pela visão reducionista que restringe os fatos sociais à descrição legal⁷ deve ser ultrapassada. A marcha há de ser coerente ao seu tempo, pois “em se tornando petrificado e negando-se ao entendimento do dialético movimento evolutivo e revolucionário da sociedade, não resistirá”⁸.

A contemporaneidade⁹ demanda abertura para novos paradigmas e o ponto de partida é o conhecimento crítico¹⁰ e a hermenêutica construtiva, fundada na principiologia axiológica constitucional. A travessia¹¹ em andamento não permite o retorno.

⁵ Sérgio Rouanet aponta a existência de crise da civilização, encetada pela crise do projeto moderno de civilização, elaborado pela Ilustração europeia à partir da cultura judaico-cristã e aprofundado pelo movimento liberal-capitalista e socialista. ROUANET. Op. cit., p. 09.

⁶ Idem.

⁷ No dizer de Luiz Edson Fachin, “Aquele que define, ao assim se balizar, tanto se revela quanto promove, na definição, um senso de privar por eliminação: o que no conteúdo não está, deixa de consistir em objeto possível daquela demarcação. FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 90.

⁸ FREITAS, As grandes linhas.... Op. cit., p. 119.

⁹ Será utilizado o termo ‘contemporaneidade’ para designar o tempo atual. A opção decorre da controvérsia existente entre autores devido ao entendimento de que o Brasil não adentrou na modernidade, portanto, não há que se falar em pós-modernidade, o que tornaria sua utilização imprecisa.

¹⁰ Não se trata de meros ajustes conceituais ou retoques teóricos aos instrumentos aptos a provocar um “giro copernicano”. Papel de relevo é deferido à metodologia científica e ao procedimento didático, não exatamente para captar a cooptação do sujeito no estatuto de objeto do suposto aprendizado, mas sim para alcançar alguma “desconstrução”. Há que se sair da clausura dos saberes postos à reprodução e ir além das restrições que o molde deforma. FACHIN, Op. cit., p. 06-08.

¹¹ A travessia aqui referida é idêntica a que faz menção Luiz Edson Fachin, cuja citação é indispensável: é aquela ‘de quem deseja apreender um determinado tema na transdisciplinaridade deve se propor a uma travessia. A travessia dá à mestiçagem do saber condição de possibilidade para se compreenderem fenômenos contemporâneos, não apenas do específico, mas sim em saberes que dialogam. Trata-se de uma tarefa imensa, e seria uma presunção desejar realizá-la por inteiro. Entretanto, àqueles que se propõem a fazê-la, só essa disposição já é uma grande etapa. É como se deixar levar na figura criada por Serres para a travessia epistemológica inigualável: “ninguém sabe nadar de fato, antes de ter atravessado sozinho um rio largo, impetuoso, um braço de mar agitado. Só existe chão em uma piscina, território para pedestres em massa.” O chão metafórico, aqui, é o saber específico, campo que tem armas apropriadas para fazer a sua própria defesa *manu militare*.

Nessa realidade em constante mutação, a Carta Magna de 1988, restou por erigir a moralidade à categoria de princípio constitucional a ser observado em todos os atos produzidos na seara da Administração Pública. A produção de atos revestidos da legalidade estrita tornou-se insuficiente para o atendimento integral ao contido no *caput* do art. 37 da CF, sendo imprescindível seu acompanhamento pelos demais princípios constitucionais, quer sejam implícitos ou expressos. Por conta desta obrigação constitucional, muitos textos jurídicos¹² foram produzidos no intuito de regulamentar objetivamente o conteúdo normativo do valor moralidade, o qual pode sofrer diversas abordagens – sociológica, econômica, psicológica ou jurídica, dentre outras.

Muito se fala, se escreve e se discute sobre ética, no entanto, pouco se põe em prática¹³, especialmente no espaço público, invadido por regras de condutas ou de vedação de comportamentos (anticorrupção). A ética está na moda¹⁴, em regra ligada a situações onde predominaram sua ausência.

[...] Afasta-se, assim, da possibilidade da travessia, aprisionando-se no território para pedestres em massa. Caso se pretenda sair, Michel Serres dá um conselho: “parta, Mergulhe”! E faz uma advertência: não basta partir e mergulhar, porque depois de ter deixado a margem, você continuará, durante algum tempo, muito mais perto dela do que da outra à sua frente, tempo bastante, pelo menos, para que seu corpo se aplique ao cálculo e silenciosamente reflita que ainda pode voltar. Até um certo limiar, você conserva esta segurança. É o mesmo que dizer que ainda não partiu”. Não raro, no plano dos argumentos, a operação chega a se aventurar até um certo ponto. Utiliza-se um escusa preliminar. É a escravidão do não saber, por isso, não basta partir ou mergulhar, pois: “do outro lado da aventura, o pé confia na aproximação, desde que tenha ultrapassado um segundo limiar, você está tão próximo da margem que pode dizer que já chegou”. Quando, entretanto, se imbrica em determinadas searas do conhecimento, quer na Sociologia, quer na Antropologia, quer, em especial, no próprio Direito, passa a se sentir seguro, a ponto de dizer que já chegou ao segundo limiar. Faz-se, então, a crítica a esses dois limiares: “Margem direita ou margem esquerda, não importa, nos dois casos terra ou chão, você não nada, espera para nadar, faz com que salte mas não decola. Embora tendo atingido o chão, jamais permanece”. E como ocorre a travessia? Esclarece Michel Serres: “A verdadeira passagem ocorre no meio. Qualquer sentido que o nado tome, o solo jaz a dezenas ou centenas de metros sob o ventre ou a quilômetros atrás e na frente. Eis o nadador sozinho. Deve atravessar, para aprender a solidão”. E “a solidão intelectual se reconhece no desvanecimento das referências, onde se acabam os domínios”. Nasce o mestiço, o outro sujeito, novos referenciais.” FACHIN. Op. cit., p.260-262.

¹² Lei de Improbidade Administrativa, Lei Federal 8027/90, o Código de Ética estatuído pelo Decreto 1171/94, entre outros.

¹³ ARAÑA, Jaime Rodríguez. La dimensión ética. Madrid: Dykinson, 2001, p.13.

¹⁴ Ibidem, p.36.

No presente trabalho se pretende visitar a morada da filosofia, na tentativa de encontrar um ou alguns fundamentos que assentem a ética como vetor a direcionar a Administração Pública. Não serão analisados textos legais orientativos da conduta humana enquanto participante da esfera pública, mas sim, pretende-se apresentar algumas correntes filosóficas e perspectivas que tratam da ética. Até porque, o Direito, ainda que em pleno avanço, não conseguiu cruzar o Rubião: há mais legislação para o controle administrativo, aplicação de sanção e mecanismos de combate à corrupção (a antítese do tema) do que normas de condutas dos servidores públicos (como códigos de ética). A criação de organismos nacionais e internacionais especializados no combate à corrupção ou propondo medidas para o controle estatal tem se proliferado. O certo é que, grande parte das discussões prosseguem atentas a questões genéricas, reduzindo o debate aos mecanismos de controle da atuação administrativa, sem, contudo aprofundar estudos em direção à pedra angular de uma problemática de origem imêmore.

A intervenção preliminar será realizada abrangendo algumas correntes filosóficas. A escolha não foi aleatória. Diante da tentativa de resgatar o fundamento ético-aristotélico, buscou-se investigá-la à luz das mutações ocorridas nos últimos tempos. A consideração à filosofia kantiana deu-se em razão da ruptura promovida por Kant, declarando a autonomia da vontade livre como fundamento da moralidade, sem esquecer que se trata do cumprimento do dever pelo dever, ou seja, o ato seria moralmente aprovado desde que cumprida a obrigação de realizar um ato perfeito formalmente, independentemente de seu conteúdo. Por fim a ética discursiva será tratada por constituir-se num paradigma contemporâneo - não significa meramente adicionar a linguagem como tema na discussão filosófica, mas da passagem da linguagem como objeto da reflexão para fundamento do pensar. Filosofar, na teoria da ação comunicativa, passa a significar filosofar à partir da linguagem¹⁵. Ocorre o trânsito do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem

¹⁵ LUDWIG, Celso. Para uma filosofia jurídica da libertação. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.. Florianópolis: Conceitual, 2006, p. 93.

- a razão encontra seu núcleo na comunicação¹⁶.

Em seguida, faz-se necessário visitar, além dos aspectos relacionados ao controle ético brasileiro, os paradigmas que serviram de sustentação para edificar modelos éticos contemporâneos. Assim, serão perpassadas algumas perspectivas européias (França e Inglaterra), o modelo estadunidense e na América Latina, será abordado o padrão argentino. Tratar-se-á de alguns aspectos relacionados com a profissionalização dos agentes públicos como instrumento de disseminação de padrões éticos e, conseqüentemente, de melhora na atuação administrativa.

O capítulo imediato versará sobre a crise verificada na contemporaneidade: as transformações do Estado e suas repercussões nos diversos campos, especialmente a reforma administrativa do Estado, que influenciou o redimensionamento das fronteiras público-privadas. A inter-relação que decorre da dicotomia torna-se ponto crucial na consideração do tema, principalmente quando se verifica a “privatização do público” e a “publicização do privado” a demonstrar a dificuldade de estabelecer limites fixos entre os ambientes. Por outro lado, verifica-se a “inafastável permeabilidade do jurídico em face de argumentações marcadamente morais”, o que torna forçoso trazer a baila a re-significação entre Moral e Direito.

As profundas transformações ocorridas recentemente na ordem das coisas, desdobram seus efeitos em diversas direções. No campo jurídico, restam por alterar as categorias – umas desaparecem, outras surgem ou são modificadas. Por conta deste fenômeno, forçoso proceder uma re-leitura da igualdade e da boa-fé como elementos indispensáveis ao estabelecimento de relações administrativas humanizadas.

Por derradeiro, tratar dos significantes e significados assume condição essencial quando se pretende concretizar o discurso jurídico formalmente existente. Olhar com outros olhos os princípios constitucionais e entendê-los à luz da base antropológica sobre a qual se ergueu a Constituição Federal de 1988 consiste em tarefa relevante e imprescindível, pois inadequado discorrer sobre os princípios constitucionais se esquecido seu núcleo fundamental – o

¹⁶ Ocorre o alargamento da racionalidade, uma vez que seus parâmetros estão inseridos na consciência, nos procedimentos argumentativos, no elemento cognitivo, prático moral e emancipatório.

homem em concreto. O cotejo entre os princípios e a construção de fundamento ético para Administração Pública passa por esse viés.

Parte 1 - ASPECTOS CONCEITUAIS E CORRENTES FILOSÓFICAS

1.1 Aspectos conceituais

Utilizados equivocadamente como sinônimos, os termos *moral e ética*, são distintos, de origem etimológica similar¹⁷. Adolfo Sánches Vasquez acredita que a confusão existente sobre os dois temas (ética e moral) ocorre por ambos estarem relacionados ao comportamento humano, ressaltando que os atos/problemas morais são práticos e específicos, incidindo somente diante do ato em concreto; ao passo que atos/problemas éticos são caracterizados pela generalidade e seu aspecto é teórico – tratam-se de juízos de valor que aprovam ou desaprovam moralmente os atos, portanto, *a priori* em relação à situação concreta. Acrescente-se que o problema da essência do ato moral conduz a outro problema - o da responsabilidade:

É possível falar em comportamento moral somente quando o sujeito que assim se comporta é responsável pelos seus atos, mas isto, por sua vez, envolve o pressuposto de que pôde fazer o que queria fazer, ou seja, de que pôde escolher entre duas ou mais alternativas, e agir de acordo com a decisão tomada. O problema da liberdade da vontade, por isso, é inseparável do da responsabilidade.¹⁸

Portanto, “decidir e agir numa situação concreta é problema prático-moral”¹⁹. Já no campo da ética, que é teórico, busca-se investigar ou explicar a natureza ou fundamento das normas morais que levaram o sujeito a agir desta ou daquela maneira diante da situação real. Não é a ética que cria a moral,

¹⁷ Moral vem do latim *mos* e significa maneira de se comportar regulada pelo uso – costume; ética, por sua vez vem do grego, ethos, é o resultado da transliteração de dois vocábulos gregos *n0os* (ethos com vogal grega êta) e *E0os* (ethos com a vogal grega epsilon). O primeiro ethos (com a vogal grega êta) – significa morada, costume, entendido como o espaço construído pelo homem e, portanto, espaço humano, esquema praxeológico durável, estilo de vida e ação. O segundo ethos (com a vogal grega epsilon) – significa comportamento resultante da repetição dos mesmos atos, ratificação. Como resultado desta síntese de significados tem-se o termo ethos, entre o processo de formação do hábito e como disposição habitual para agir de certa maneira, o hábito como possessão estável. Dicionário Grego-Português. Braga, LAI – 1990.

¹⁸ VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2008, p.18.

¹⁹ Idem.

posto que não se presta a construir juízos de valor sobre a prática moral, cabendo-lhe, no entanto, elucidar as mudanças da moral diante da variedade, diversidade ou pluralidade; enfim, busca aclarar os fundamentos das práticas morais nas diversas épocas:

A ética parte do fato da existência da história da moral, isto é, toma como ponto de partida a diversidade de moral no tempo, com seus respectivos valores, princípios e normas. Como teoria, não se identifica com os princípios e normas de nenhuma moral em particular e tampouco pode adotar uma atitude indiferente ou eclética diante delas. Juntamente com a explicação de suas diferenças, deve investigar o princípio que permita compreendê-las no seu movimento e no seu desenvolvimento[...] a ética deve fornecer a compreensão racional de um aspecto real, efetivo, do comportamento dos homens²⁰.

Analizando criticamente tal assertiva, verifica-se que há pretensão de racionalidade ética neutra, imparcial e universal. No entanto, como a teoria ética é produzida por homens que buscam explicar fundamentos morais, na atualidade não se admite a produção de conhecimentos desprovidos de quaisquer juízos de valor ou influências outras que permitam o desenvolvimento de uma racionalidade pura.

Há entendimento de que a ética é a ciência da moral, isto é, o objeto da ética é o mundo moral – a realidade humana, não sendo apropriado, no entanto, reduzi-la a um conjunto de normas ou prescrições de condutas humanas. Desta forma, um sistema de normas ou código moral não é capaz de constituir-se uma ciência. No sentido dilatado, a moral organiza-se como o conjunto de regras de condutas assumidas por um grupo de pessoas em determinado espaço temporal. Já a ética ou a denominada filosofia moral, é parte integrante da filosofia destinada à reflexão dos princípios que fundamentam a vida moral.

Os valores que servem de pilar à conduta humana se alteram no espaço e tempo. De acordo com as modificações ocorridas nas condições da vida em sociedade ou nas relações de produção sobrevirão mudanças nas exigências das normas prescritas pelo comportamento coletivo. Assim, poder-

²⁰ VAZQUEZ. Op. cit., p. 22.

se-ia dizer que a moral assenta-se em valores recebidos pela tradição; todavia, tal concepção é extremamente reducionista uma vez que não considera o caráter pessoal da moral que advém da ampliação do grau de consciência e liberdade do indivíduo. Há, portanto, aspecto antagônico: a exterioridade da moral contrapõe-se à necessidade da interioridade - da aceitação livre e consciente das normas. Como assevera Maria Lúcia de Arruda Aranha:

Portanto, o homem, ao mesmo tempo que é herdeiro, é criador de cultura, e só terá vida autenticamente moral se, diante da moral constituída, for capaz de propor a moral constituinte, aquela que é feita dolorosamente por meio das experiências vividas.

Nessa perspectiva, a vida moral se funda numa ambigüidade fundamental, justamente a que determina o seu caráter histórico. Toda moral está situada no tempo e reflete o mundo em que nossa liberdade se acha situada²¹.

A moral possui caráter mutante que se altera em consonância às transformações e variações que se sucedem na vida em sociedade. A ética afigura-se como o direcionador do agir humano, tanto das ações individuais como coletivas – determina estilo de vida objetivando a realização individual e na comunidade sociopolítica, encaminhando os rumos da história. Porém, a liberdade e consciência pessoal podem fazer o indivíduo recusar o norte oferecido pela ética, conduzindo-o por caminhos diferentes, pois sendo livre, está ao alcance também a perdição²². Desse modo, incumbe à ética a resolução dos conflitos que os indivíduos se deparam constantemente entre aceitar os rumos da construção pessoal ou da autodestruição.

De acordo com Pegoraro, a justiça deve ser o núcleo de qualquer discussão ética, pois “[...] viver eticamente é viver conforme a justiça [...] que ilumina, ao mesmo tempo, a subjetividade humana (virtude da justiça) e a ordem jurídico-social (justiça como princípio ordenador da sociedade)”²³.

²¹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. Filosofando. Introdução à Filosofia. São Paulo : Moderna, 1993, pág. 275.

²² PEGORARO, Olinto. Ética e justiça. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 11.

²³ Idem.

A ética busca administrar as encruzilhadas da vida e os conflitos da liberdade, apontando a direção reservada à construção pessoal e coletiva, ao passo que também indica o perigo da autodestruição. Segundo Aristóteles, a superação deste conflito se dá pela prática reiterada das virtudes morais, submetendo, desta feita, a paixão à razão; e quando isso ocorre, o homem torna-se senhor de si.

Mas qual o fim último da ordem ética? Para Platão e Aristóteles, a finalidade da vida humana é a felicidade plena para todos os homens,²⁴ pois, os demais bens consistem em meios para atingimento deste objetivo. A ética visa dois desígnios fundamentais: (i) sobrepujar os conflitos inerentes ao homem e a sociedade em que está inserido e (ii) calibrar os comportamentos pessoais e coletivos buscando o estabelecimento da vida feliz e uma sociedade justa; ou seja, o bem humano - aliás, “o bem é aquilo em direção ao qual todas as coisas tendem”²⁵.

A questão subjacente, que de plano causa inquietação, refere-se à pretensão de universalidade inserida nesta categoria, sendo imprescindível a indagação se este ‘bem humano’ independe das necessidades subjetivas do homem ou seria possível definir objetivamente um padrão de “bem” adequado ao mundo complexo e diverso. Para alguns filósofos²⁶, o princípio universalizador do bem seria a justiça - o centro e a medida moral da conduta ética, uma vez que “somente a justiça abre a pessoa à comunidade; ninguém é justo para si, mas em relação aos outros a justiça é a virtude da cidadania que regula toda a convivência política”²⁷.

Enfim, o conjunto de relações efetivas ou atos concretos que adquirem um significado moral com respeito à moral vigente.

²⁴ Pretensão de universalidade pela superação das diferenças individuais ou particulares.

²⁵ Aristóteles. Ética a Nicômano. Brasília: UnB, 1985.

²⁶ Platão (O Banquete), Aristóteles (Ética a Nicômano), Kant (onde a justiça é substituída pelo Direito - pelas normas) e J. Rawls, dentre outros. PEGORARO. Ética e justiça.

²⁷ Op. cit., p. 13.

1.1.1 A intersecção da Ética com a Administração Pública

Hodiernamente, a mediação entre Administração Pública e ética é inevitável, até porque as questões éticas sempre estiveram no âmago das teorizações filosóficas da humanidade. Na antiguidade, ligada aos assuntos da natureza e individuais do homem; à Deus no medievo; e na modernidade, migrou ao público e à coletividade, tomando assento definitivo. A formação do Estado estruturado na tripartição de poderes propiciou a condução do debate ético para o seio da sociedade, no entanto, a preocupação das coisas éticas, no fórum da administração pública, vem ganhando maior espaço quando da reflexão acerca da finalidade da atuação estatal.

Frequentemente, no estudo do direito administrativo se esquece do fato de não ter a Administração um fim em si mesma e, sim, ser uma função a serviço dos cidadãos²⁸. Celso Antônio Bandeira de Mello declara que a “[...] função pública, no Estado Democrático de Direito, é atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”²⁹. Assevera Araña que:

[...] a Administração Pública do Estado Democrático de Direito deve distinguir-se pelos princípios da legalidade (o procedimento administrativo como salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos), da eficácia (a exigência de que a organização administrativa preste serviços públicos de qualidade) e de serviço (a administração estar a serviço dos interesses coletivos), ou seja, uma organização a serviço do interesse geral³⁰. (tradução própria)

A função ou finalidade da Administração Pública corresponderá à tutela

²⁸ Apud SANTI ROMANO. ARAÑA. Op. cit., p. 265.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

³⁰ Ibidem p. 265.

do interesse público³¹. Para Gordillo, “o estudo da função administrativa compreende não apenas quem exerce a função, senão também como e com que fundamento, com que meios e, fundamentalmente, até onde e com que limitações se a exerce”³².

Entre os autores pátrios, Oswaldo Aranha destacou que as atividades legislativas e executivas compõem a função integrativa do Estado, com atribuições específicas: da primeira de criação da lei (enquanto norma geral abstrata e inovadora) e, da segunda, garantir o cumprimento da lei³³.

Portanto, a função pública sempre estará erigida a uma finalidade, terá uma conotação teleológica. Não se pode olvidar que a configuração do Estado Democrático de Direito pressupõe novas funcionalidades da Administração Pública, constituindo-se na gestora dos interesses coletivos. Porquanto, deve propiciar fórmulas ou medidas que impliquem na colaboração da sociedade e dos cidadãos - os cidadãos devem aspirar atuar como legítimos colaboradores e protagonistas da Administração na gestão dos próprios interesses com vistas a elaboração de critérios vetores que impulsionem o interesse coletivo e, com isso, realizar adequadamente a intercomunicação com os agentes sociais para melhor definição das políticas públicas³⁴.

No Brasil, onde a ordem constitucional vigente foi erigida sobre uma base antropológica, a função administrativa tem a missão de criar ambiente próspero aos cidadãos, viabilizando o exercício de direitos e garantias fundamentais, bem como, a colaboração com a Administração na gestão dos interesses públicos. No dizer de Romeu Bacellar, “se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos do Estado, o interesse perseguido com o exercício da função administrativa deve encontrar seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto

³¹ ZANOBINI, Guido. Curso di Diritto Amministrativo. Vol. I, Milão: A. Giuffrè Editore, 1958, p. 140-142

³² GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires: FDA, 1998, p. 237.

³³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30-35.

³⁴ ARAÑA. Op. cit., p. 267.

coletiva”³⁵.

Nesse cenário conceitual contemporâneo, a Administração Pública se transformou e atualmente não se afigura apropriado concebê-la como possuidora de prerrogativas e/ou poderes ilimitados frente ao cidadão, tal como foi outrora; mas, justamente por estar assentada nas bases do Estado Democrático de Direito que o “poder” da administração pública resta sob controle – submisso ao Direito. Corroborando a assertiva, merece destaque a citação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Destarte, o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder.³⁶

Portanto a função primordial da Administração Pública é estar a serviço dos cidadãos, promovendo o bem-estar coletivo, uma vez que a finalidade da atuação estatal é o bem comum. Assim, quando se faz menção à ética na Administração Pública, imediatamente vem a mente o princípio da moralidade, que foi erigido à condição de princípio constitucional em 1988, quando da sua inserção no art. 37 *caput*. Esta co-relação existente entre ética e moralidade administrativa, como também dos demais princípios arrolados no art. 37 da Magna Carta, serão objeto de estudo no capítulo IV.

Diante das ponderações trazidas, houve o entendimento sobre a necessidade de se ventilar as principais correntes filosóficas que restaram por influenciar a construção da eticidade e seus desdobramentos em várias épocas. Não se trata de elaborar uma abordagem exaustiva, mas tão somente colacionar os fundamentos que serviram de alicerces do agir ético. A alusão à ética aristotélica se dará em função da tentativa de resgatá-la como princípio fundante do atuar na Administração Pública contemporânea, movimento liderado pelos neo-aristotélicos. Kant será tratado em seguida, em razão da virada que sua teoria promoveu, representando a ruptura com os modelos

³⁵ BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. A profissionalização da função pública. Revista de Direito Municipal, n. 11, jan./mar., Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 87.

³⁶ MELLO, Celso. Op. cit., p. 42.

anteriores. Por fim, será versado sobre a teoria da ação comunicativa por se constituir numa doutrina proveniente do 'giro lingüístico', em franca expansão com pretensão de, suficientemente, fundar um modelo ético eurocêntrico.

1.2 Correntes Filosóficas

1.2.1 A referência aristotélica

Prima facie, quando se faz menção acerca de questões éticas, é inevitável a conexão imediata que se instala com Aristóteles, que se dedicou a estudar os fundamentos filosóficos da ética e sua repercussão na vida em sociedade. Esta ligação, apesar de remota, é pujante ao ponto de vincular a ética à prática das virtudes morais³⁷. A assertiva é tão marcante que diversos estudiosos do Direito consideram a prática das virtudes como princípio norteador dos atos jurídicos quando em cotejo com a ética:

A Ética é uma ciência prática de caráter filosófico. É ciência porque o estudo da Ética para a Administração Pública inclusive princípios gerais e universais sobre a moralidade dos atos humanos realizados pelo funcionário público ou do gestor público. E é prática porque se ocupa fundamentalmente da conduta livre do homem que desempenha uma função pública, proporcionando-lhe as normas e critérios necessários para atuar bem. Por isso, Aristóteles, com muita sabedoria, dizia que se estuda Ética “não para saber que é a virtude(...), sim para aprender a sermos virtuosos e bons”.³⁸

Talvez a identidade existente na proposta da ética aristotélica (a finalidade do bem) e na finalidade da atuação da Administração Pública (o bem de todos) colabore para reavivar a prática das virtudes. Dessa forma, se torna cogente o entendimento, mesmo raso, acerca dos fundamentos do ideário de

³⁷ Revelado por Aristóteles em *Ética a Nicômano* prescreve que o indivíduo somente poderá se tornar senhor de si através da prática das virtudes morais, quando poderá desenvolver atividades da alma racional. ARISTOTELES. *Ética à Nicômaco*.

³⁸ ARAÑA. Op cit., p. 294.

Aristóteles, sob pena de se cometer equívocos de ordem teórica e prática (aplicabilidade).

Aristóteles está inserido no momento filosófico metafísico, regido por princípios cósmicos, isto é, a ordem natural constitui-se a medida de todas as coisas, lembrando que as ciências da ética e da política ponderam sobre condutas humanas mutáveis por aproximação e não por definição, como ocorre na metafísica – ciência das coisas imutáveis³⁹. Dessa forma, a ética estaria presente em dois momentos: da formação do homem virtuoso e de caráter e na política que trata do cidadão (origem da sociedade e de seu governo). No dizer aristotélico, consiste numa filosofia das coisas humanas.

Na tentativa de elucidar a origem da natureza e do próprio homem, Aristóteles alicerça seu ensinamento, tendo como eixo nuclear a teoria da causalidade – material, formal, eficiente e finalista. O homem, um ser natural que vive em família e na comunidade política - o *locus* completo e perfeito para a realização da sua causa final, pois é na comunidade política, através da prática das virtudes⁴⁰ que o homem torna-se senhor de si, tendo a justiça como virtude vetora dos atos praticados sob a égide das demais virtudes morais⁴¹. Portanto, a ética, na visão aristotélica estava submetida à política, embora ambas apontassem para o mesmo intento – a vida virtuosa e feliz⁴². A referência está condensada na obra *Ética e Justiça*⁴³ e, em outra mais recente

³⁹ Daí a ética (ciência prática) ser considerada hierarquicamente inferior às ciências teóricas (metafísicas).

⁴⁰ Para Aristóteles, a virtude não é apenas um conceito, mas uma realidade estruturante da psique humana. Em termos filosóficos quer dizer energia, vigor, vitalidade, potencialidade – o homem dotado de inúmeras potencialidades poderá ou não, ao longo da vida, manifestar tais potencialidades orientadas pela racionalidade (*virtus* em latim e *arete* em grego). PEGORARO, Olinto. *Ética dos maiores mestres através da história*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 47.

⁴¹ As virtudes morais são numerosas, sendo as principais a coragem, a justiça, a amizade, a temperança e outras. As virtudes intelectuais são duas: a sabedoria (que busca a verdade, o bem e o justo, a essência de todas as coisas) e a prudência ou discernimento (que escolhe, pondera, decide - é a *fronesis*). A sabedoria dispõe sobre o bem geral e a prudência às situações práticas individualizadas. ARISTOTELES. *Ética à Nicômaco*. Op. cit.

⁴² A vida feliz para Aristóteles consistia no equilíbrio entre a acumulação de bens, de honras e na prática das virtudes, com ênfase para o equilíbrio das paixões pela prática das virtudes, exercício das virtudes mais elevadas, a participação política pela prática da justiça, a convivência com os amigos e a posse de suficiente quantidade de bens. ARISTOTELES. *Ética a Nicômano*. Op. cit.

⁴³ PEGORARO. *Ética e justiça*, Op. cit..

denominada Ética do maiores mestres através da história, Pegoraro afirma que as duas obras de Aristóteles - Política e Ética à Nicomano, estão circunscritas a quatro eixos fundamentais: a ética é natural, finalista, racional e heterônoma⁴⁴.

A ética aristotélica estava subsumida à metafísica, uma vez que não pertencia ao rol das ciências naturais, alusiva aos conhecimentos dos princípios das coisas invariáveis (natureza) e, portanto, superiores em relação às ciências teóricas, que se ocupavam das coisas dos homens – cuidavam de formar o indivíduo para que se tornasse um bom cidadão⁴⁵. Em citação de Pegoraro, explicando a atuação de princípios e causas, consta:

Quanto ao homem, a natureza lhe deu as primeiras três causas através da geração biológica: os pais são nossa causa eficiente e nos geram com forma racional a qual dá qualidade humana à matéria corporal. Mas a natureza nos dá uma causa final apenas potencialmente; ela deve ser explicitada e conquistada ao longo da vida pelo exercício da liberdade, ou seja, a causa final é, no homem, sua realização como ser ético que busca seu crescimento moral, intelectual, social e político: pela liberdade o homem pode construir a finalidade de sua existência ou pode destruí-la⁴⁶.

A teoria da causalidade aristotélica elucida a questão da finalidade – outro tema importante, especialmente quando afirma que toda ação humana possui uma finalidade ou pretende alcançar um bem; um bem final que compreenda todos os outros, sendo, portanto, soberano, o qual, na visão de Aristóteles, consiste na felicidade, o objetivo derradeiro de todo ser humano:

⁴⁴ A ética é natural, pois nasce da estrutura biológica do homem e a sociedade em que está inserido; a ética é finalista posto que seu escopo pretende um fim específico – o bem; a ética é racional, porquanto almeja o consenso entre os impulsos instintivos (biológicos) e sensitivos através da razão (tida como nossa melhor parte); a ética é heterônoma uma vez que o homem não tem a possibilidade de optar pela eticidade ou não, posto sendo animal inteligente, já nasce ético - a prática de seus atos são movidos pela razão, sem, contudo que isto implique em ações automaticamente éticas. PEGORARO, Ética dos maiores..., Op. cit.

⁴⁵ De acordo com Aristóteles, o homem nasce da *physis*, pela operação de princípios e causas –matéria e forma, ato e potência, essência e existência, substância e acidentes (material, formal, eficiente e final). O homem é composto de idêntica matéria dos demais seres, no entanto, assume a 'forma' racional – que o torna específico. ARISTÓTELES. Ética a Nicômano, Op. cit.

⁴⁶ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 40.

Se há, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo o mais desejado por causa dela, e se escolhemos tudo por causa de algo mais (se fosse assim, o processo prosseguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens⁴⁷.

A dificuldade se instala no momento que se aspira estabelecer, inclusive hierarquicamente, qual seja este bem supremo, enfim, qual o conteúdo da felicidade considerada subjetivamente, pois sempre haverá descompasso diante da tentativa de definição de um valor que é instável, mutável através dos tempos em razão da etnia, da opção religiosa, das alterações sócio-culturais, etc, uma vez que a pretensão de universalidade do que seja “felicidade” será perpassado por outras dimensões da vida humana, as quais indubitavelmente repercutirão na cobiçada aceção⁴⁸. No entanto, justamente por este embaraço, atualmente tem se buscado uma aceção objetiva para o conteúdo da “felicidade”⁴⁹.

Todavia, o projeto de uma vida feliz deve, sob a perspectiva aristotélica, necessariamente, conter alguns requisitos: a prática das virtudes, um círculo de amigos, boa saúde, suficiência de bens materiais, viver numa sociedade justa e a meditação filosófica⁵⁰. Em síntese:

⁴⁷ ARISTÓTELES. Ética a Nicômano, op. cit., I, 1.

⁴⁸ Na antiga Grécia, sociedade era escravista com domínio da aristocracia local, limitada aos muros da *polis* grega, a felicidade da plebe se restringia aos prazeres e ao gozo sensual; outros a consideram como acúmulo de riquezas (apesar de combatida por Aristóteles e por diversas religiões); ou ainda, pode ser considerada sinônimo de sucesso (valor absolutamente abstrato, com impossibilidade de quantificação ou métrica), etc.

⁴⁹ Emerson Gabardo considera que a felicidade é o fim último do Estado, mas com conteúdo objetivo, isto é, “a idéia grega de virtude ‘areté’ pode ser um bom começo para se compreender o sentido de uma felicidade objetivamente considerada não somente como fim político, mas também como fim jurídico do Estado constitucional contemporâneo. Trata-se de uma palavra que ‘designa uma excelência que consiste em realizar de maneira ótima aquilo o que está destinado, quer dizer, o cumprimento o mais perfeito possível da função que a natureza atribui a um ser’ é como esta excelência que a felicidade mantém relações complexas, porém inafastáveis. E isso não sugere qualquer legitimação filosófica-utilitarista, restando claro que tal teoria ou presta-se somente a uma análise meta-jurídica do problema ou, então, a uma consideração meramente instrumental (com o que não é possível concordar, pois o espírito do Estado social exige um conteúdo ético estabelecido por princípio)”. GABARDO, Emersosn. O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Curitiba, 2009. Tese de doutorado em Direito do Estado, Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, p. 333.

⁵⁰ ARISTÓTELES. Ética a Nicômano..., Op. cit. II-IX, VIII-3, I-5, etc.

A vida feliz para o indivíduo e para a comunidade, é aquela que é acompanhada pela virtude e seguida de suficiente quantidade de bens externos, porque é impossível, ou pelo menos muito penoso, fazer boas ações quando se está desprovido de recursos materiais.⁵¹

Para Aristóteles, a felicidade se constitui numa função da alma – quando estão emaranhadas simultaneamente a vida biológica, psicológica, ética e metafísica. A função do homem, considerando-o em sua integralidade, é o pensar; afinal, a racionalidade é a cátedra que o diferencia de tudo o mais, que será responsável por disciplinar harmoniosamente a vida vegetativa (instintos) e sensitiva (paixões). O homem tem a potencialidade para ser ético e virtuoso, cuja consecução se dará pela repetição das ações e pelo autocontrole racional. Ilustrando,

Qual a função própria do homem? Até as plantas participam da vida; mas nós estamos procurando algo peculiar ao homem. Excluamos, portanto, as atividades vitais da nutrição e crescimento. Em seguida a estas haveria a atividade vital da sensação, mas também desta parecem participar até o cavalo e o boi e todos os animais. Resta então a atividade vital do elemento racional do homem. O exercício ativo do elemento racional é a função própria do homem, é uma atividade da alma por via da razão.⁵²

Desta forma, a ética aristotélica está relacionada ao conflito interno-externo: de um lado a atividade humana imanente⁵³ interna (*práxis*) e de outro, a atividade humana destinada ao exterior (*poiesis*), sendo que a ética se ocuparia da ação como *práxis*. Contudo, não obstante a existência do conflito interno-externo, o núcleo deste paradigma ético ainda é subjetivo, ou seja, está

⁵¹ Ibidem, I, 9.

⁵² Ibidem. I, 7.

⁵³ A proposta filosófica aristotélica é conhecida como ética da imanência. Imanência significa qualidade daquilo que pertence ao interior do ser, que está na realidade ou na natureza. JAPIASSÚ, Hilton. Dicionário básico de Filosofia. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 139.

pautado na racionalidade interior do indivíduo. Essa dualidade conflitiva materializa-se no anúncio da superioridade da alma sobre o corpo e na manutenção da hierarquia entre parte superior e inferior da alma, sendo a superior racional (intelecto) e a inferior apetitiva (desejos). A conduta humana deveria estar fundada na atividade da alma racional, pois,

Quando a paixão for elevada à racionalidade, o indivíduo poderá celebrar o triunfo da virtude e a superação do confronto da paixão contra a razão. Superando o conflito, reina a harmonia e, graças à contínua repetição de boas ações, a virtude moral torna-se um estado habitual e os atos virtuosos são praticados com facilidade e prazer.⁵⁴

Olinto Pegoraro⁵⁵ concede especial atenção a dois enfoques que considera essenciais no ideário aristotélico, quais sejam, o indivíduo e as virtudes morais e o cidadão e a justiça. Explicitando: todo o esforço individual no exercício das virtudes morais conduz o indivíduo ao caminho de sua plenitude que somente pode ocorrer na comunidade política, uma vez que “ninguém é virtuoso para si; ninguém é feliz sozinho; o homem solitário é inexplicável: ou é um deus ou é uma besta”⁵⁶. Cidadão justo se submete à ordem legal ou à denominada justiça geral, a qual não configura algo absoluto, posto estar submissa à virtude da prudência do legislador ou do juiz diante de situações práticas. É a justiça que fará a conexão entre o indivíduo subjetivamente virtuoso e os demais cidadãos, lembrando que a ética das virtudes se sujeita à vontade interna do homem em agir de acordo com o padrão do que venha a ser ético ou justo. O dispositivo legal para Aristóteles é relegado ao segundo plano, pois pouco vale a lei sem o cidadão virtuoso⁵⁷. Portanto, a força da lei não vem do texto legal externo, mas advém do próprio homem – da sabedoria prática (*fronesis*), a força ordenadora interior. Conduzir-se eticamente sob a perspectiva aristotélica, consiste num

⁵⁴ ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. Op. cit. II, 3, 1105.

⁵⁵ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 40.

⁵⁶ ARISTÓTELES. Política, Brasília: UnB, 1988, I, 2.

⁵⁷ PEGORARO. Ética e justiça..., Op. cit., p. 35.

exercício de ações virtuosas voltados à comunidade política, não se concebendo a ética como um fim e si mesma, mas jungida à política, destinadas a formar o cidadão para a justiça e gerenciar o bem comum a todos os cidadãos.

No entendimento de Dussel, esse 'bem comum' "não se produz (tecnicamente), não se representa (teoricamente), nem se elege (por deliberação). É o *a priori* ontológico como 'dever-ser'; é o próprio horizonte constitutivo da compreensão do ser, a partir do qual (princípio prático) se abrem as possibilidades e se escolhe alguma"⁵⁸

Vê-se, portanto, indícios acentuados de que o fundamento ético aristotélico é precário e inconsistente quando do enfrentamento da realidade contemporânea, na medida em que a ética das virtudes submete-se a vontade interna do homem em agir de acordo com o padrão do que venha a ser ético ou justo. Trata-se de suposição subjetiva e individual – "o bom cidadão da *pólis* cumpre a lei em razão de disposição interna e permanente de assim se conduzir". A atuação do bom cidadão da *polis* grega é impulsionada pelo caráter subjetivo e voluntário, pois consiste em ética natural, absolutamente dependente da vontade interior do homem. É na prática das ações virtuosas voltadas à comunidade que nasce o compromisso de agir eticamente com seu semelhante, a qual se funda na própria vontade do homem, não havendo necessidade de justificar sua conduta quando em desfavor à coletividade.

Numa perspectiva crítica, há descompasso entre a retomada da ética das virtudes em relação à contemporaneidade, em dois sentidos: um, em razão da complexidade característica da época, exigindo-se, desta forma, condutas humanas mais éticas e, dois, não se pode exigir idênticos comportamentos humanos na diversidade. Assim, a superação do modelo aristotélico torna-se imprescindível dada às condições atuais, onde as explicações para o mundo são fundadas no técnico-cientificismo

⁵⁸ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002, p.125.

com pretensão de verdade única, universal, absoluta e, portanto, superior. Este paradigma de eticidade resta insuficiente diante da realidade posta.

No campo da administração pública, de forma mais premente, torna-se imperioso ultrapassar o modelo ético aristotélico, uma vez que no ambiente público não há espaço para juízos de valores individuais, subjetivos ou descompromissado com a coletividade. A finalidade pública é o “bem comum”, traduzido por valores catalogados constitucionalmente, de modo a compor o vértice por onde todos os atos administrativos deverão transitar, sempre jungidos à coletividade, deve estar direcionada a garantir o pleno e efetivo exercício da cidadania.

1.2.2 O conteúdo normativo

Enquanto os gregos edificaram a ética na ordem natural, cósmica e humana, na Idade Média prevaleceu a idéia de que exclusivamente Deus constituía a única e verdadeira alegria e fruição⁵⁹, onde a fé exercia precedência sobre a razão⁶⁰ e tudo estava vinculado a Deus, inclusive a ética, que cuidava dos comportamentos humanos sob o viés da fé, da esperança, do amor e da lei eterna. No presente trabalho não será tratada da ética na perspectiva filosófica teocêntrica, rumando diretamente à visão kantiana, por ter influenciado o pensamento jurídico moderno.

No campo da ética, tanto o enfoque grego como o medieval são rompidos por Kant, que promove uma virada de Copérnico, revelando a autonomia da vontade livre como fundamento da moralidade. Trata-se de um

⁵⁹ A ética de Agostinho pode ser sintetizada em *uti et frui* – fruir dos bens divinos e usar das coisas terrestres.

⁶⁰ Os teólogos atrelavam as discussões filosóficas diretamente à fonte originária (Deus), verticalizando, desta forma, a filosofia.

idealismo subjetivo *a priori*, também denominado de “transcendental”⁶¹, onde o objeto está submisso ao sujeito:

A verdade das coisas é relativa ao sujeito que conhece, ou com outras palavras, as coisas só se tornam conhecidas na medida em que entram em relação com o sujeito e se amoldam às suas formas e categorias *a priori*.⁶²

Celso Ludwig sintetiza o pensamento kantiano asseverando que “para Kant, o conhecimento *a priori* é universal e necessário, e o *a posteriori* é particular e contingente”⁶³. Segundo a ética kantiana, há uma razão pura prática suficiente para determinar a vontade sem que haja a necessidade de apelar para experiência anterior como propunham os gregos e medievais (razão empírica condicionada à experiência), diferenciando o campo sensível do inteligível⁶⁴. É justamente a duplicidade de mundos (sensível e inteligível) que Kant suscita o denominado ‘mal radical’ – colisão entre a lei do dever moral e a lei do prazer e da satisfação sensível, ou seja, conflito entre razão (moral universal) e sensibilidade (moral particular). Para Kant, a moralidade

[...] começa no meu invisível eu, na minha personalidade, e expõe-me num mundo que tem a verdadeira infinidade, mas que só se revela ao entendimento. A lei moral eleva infinitamente o meu valor como inteligência por meio da minha personalidade na qual a lei moral me descobre uma vida

⁶¹ Denominação estabelecida por Kant considerando-o “todo conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível *a priori*”. KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Lisboa: Ed. 70, 1960. Até Kant, a filosofia era considerada realista eis que partia do entendimento de que o Ser existe em si mesmo, podendo ser conhecido pela razão humana. Em Kant a filosofia passa a ser idealista, uma vez que o sujeito intervém na elaboração do conhecimento – o real passa a ser o resultado de uma construção feita pelo sujeito, a partir de suas idéias; ocorre o deslocamento da prevalência do objeto para o sujeito.

⁶² CORBISIER, Roland. Filosofia política e liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 75.

⁶³ LUDWIG, Celso. Para uma filosofia jurídica da libertação. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceitual, 2006, p. 59.

⁶⁴ O sensível refere-se às coisas naturais, aos fenômenos da experiência e à sensibilidade humana, o qual é determinado pela causalidade das leis físicas e biológicas, logo sem liberdade; enquanto o campo inteligível se caracteriza liberdade, pois a racionalidade permite que o homem tome consciência dessa liberdade e se determine independente das causas empíricas. PEGORARO, Olinto. Ética dos maiores...p. 102/103.

independente da animalidade e mesmo de todo o mundo sensível⁶⁵

No entanto, diferentemente dos gregos e medievais, Kant não tem a pretensão de conciliar os dois mundos, apenas localizou a moral no campo da razão prática – o homem é livre para fazer suas escolhas que o torna moral quando se subjugua à liberdade governada pela razão. Mas, além da vontade livre movida pela razão, a ética kantiana propõe o cumprimento do **dever** moral pelo dever. Ocorre o trânsito do homem biológico e sensível para o ser humano inteligível e racional, que cumpre a lei moral universal. As leis morais podem ser transgredidas, pois a vontade, mesmo submissa à razão, encontra-se exposta aos instintos da sensibilidade, já que as leis morais não extinguem a liberdade. Aliás, o imperativo só tem sentido quando a vontade pode correr o risco do desvio.

Neste contexto, se aperfeiçoa a ética do imperativo categórico, dividido em princípios práticos (preceitos subjetivos que determinam uma conduta e não se aplicam para todos os homens, sendo imposta somente ao indivíduo que a formulou, dado seu caráter individual) e princípios imperativos (regras objetivas com pretensão de universalidade), distintos nas classes hipotéticos ou condicionais⁶⁶ e imperativos categóricos⁶⁷ que são leis morais universais por excelência. Acerca da pretensão de universalidade e validade, Kant afirma:

É preciso que a norma da razão só tenha que pressupor a si mesma, porque a norma só é objetiva e universalmente válida quando se aplica independentemente de qualquer condição subjetiva que possa encontrar-se num ser racional mas não em outro⁶⁸

⁶⁵ KANT, Immanuel, Crítica da Razão Prática, Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 183.

⁶⁶ Os hipotéticos ou condicionais somente possuem validade desde que preenchidas determinadas condições; visam um objetivo específico cujo atingimento será alcançado se realizadas as condições. KANT. Op. cit.

⁶⁷ Os imperativos categóricos ou absolutos não se dirigem a um fim prático ou resultado específico, mas visam cumprir a lei moral incondicionalmente a todos – o dever pelo dever. KANT. Op. cit.

⁶⁸ KANT. Fundamentos..., Op. cit., p. 48.

Confirmando a assertiva, o principal enunciado kantiano traz o seguinte conteúdo:

Age de tal modo que a máxima de tua vontade seja sempre válida, ao mesmo tempo, como princípio de uma legislação universal.⁶⁹

O homem não é espontaneamente ético; daí a necessidade das normas (imperativo categórico) e dos imperativos morais para dirigir sua conduta, que mesmo diante do caráter cogente, só tem sentido quando a vontade é livre para escolher agir de acordo com o dever das máximas universalizáveis⁷⁰. Há que se ressaltar, no entanto, que:

O imperativo categórico não é um guardião moralista que examina regras objetivas, aprovando-as ou descartando-as; pelo contrário, o imperativo prescreve orientações fundamentais de vida, formas de comportamento que possam ser universalizáveis ou convertidas em normas para o gênero humano⁷¹.

Traçando um paralelo entre a teoria ética aristotélica e kantiana, pode-se dizer que, para Kant, a única ‘virtude’ que o homem deve ter é a obediência ao dever ou à lei moral, pois sua fundamentação teórica fulcra-se na vontade livre, no imperativo categórico e nas regras práticas de conduta vinculadas ao imperativo, ou seja, é o cumprimento público da lei que tornar-se-á o balizador do exercício da liberdade. Desta forma, a vontade livre (autonomia da vontade) de agir em conformidade com as normas estabelecidas *aprioristicamente* resta assegurada através do imperativo categórico, como também se prestará a servir de métrica para demarcar a extensão da liberdade prática, constituindo-se em função precípua do direito – delimitar a liberdade:

⁶⁹ KANT. Crítica da..., Op. cit., p. 42.

⁷⁰ Princípios práticos da vontade de cada sujeito, portanto, subjetivos que orientam a vontade de qualquer pessoa razoável, ganhando estatuto de leis práticas objetivas no momento em que se concretizam. PEGORARO. Ética e justiça..., p. 58.

⁷¹ Idem.

O imperativo categórico não precisa ser provado; ele se impõe como um “fato da razão” que só se explica pela liberdade; isto é, ao tomar consciência do dever moral, o homem, ao mesmo tempo, toma consciência da liberdade como seu fundamento; a consciência do dever me diz que sou necessariamente livre exatamente porque o dever implica o poder ou a liberdade de transgredi-lo⁷².

O dever é a essência do ensinamento kantiano. O homem deve obediência às leis jurídicas (ações externas ligadas à legalidade) e às éticas (as ações devem estar embasadas no preceito de agir em conformidade com as normas), sempre orientado pela autonomia da vontade - a capacidade de autodeterminar-se de acordo com as normas.

Ressalte-se que Kant estabelece distinção entre moral pessoal (ética) e moral política (legal), onde as obrigações legais referentes ao respeito à liberdade do outro configuram-se matéria afeta ao campo do direito, enquanto os deveres da moral pessoal são de caráter subjetivo. Esta diferenciação encontra repercussão quando se pensa a estrutura do Estado e sua forma de atuação enquanto Administração Pública, produzindo atos jurídicos que constitucionalmente devem ser legais, portando, devem passar à margem da vontade pessoal do administrador público, dada sua natureza política. Aliás, em citação de Pegoraro consta:

O Estado que se baseia no princípio do bem-estar geral (utilitarismo) infantiliza os cidadãos, tentando decidir por eles a felicidade e o bem-estar para cada um; do mesmo modo, torna-se déspota do soberano que tenta implantar o bem-estar por ele idealizado e, vice versa, rebelam-se os cidadãos que se sentem frustrados na pretensão pessoal de escolher e construir o bem e a felicidade segundo as inclinações subjetivas⁷³.

Não há necessidade de reconhecimento subjetivo de deveres pessoais, bastando cumprir a prescrição normativa jurídico-legal, sendo,

⁷² PEGORARO. Ética dos maiores..., p. 110.

⁷³ PEGORARO. Ética e justiça..., p. 67.

inclusive de somenos importância as razões que motivaram o indivíduo a respeitar o imperativo categórico, desde que esteja presente o pressuposto indispensável da autonomia da vontade, uma vez que está associado diretamente a estabilidade da sociedade. Por isso, em citação a Kant realizada por Pegoraro, consta:

[...] a melhor forma de governo não é aquela na qual é mais agradável de viver (eudaimonia), mas aquela que mais garante os direitos dos cidadãos. Quando o Estado afrouxa a garantia da liberdade em proveito do bem-estar (felicidade), ele cai na injustiça. As leis que visam a felicidade do cidadão são legítimas “mas como meio de garantir o Estado Jurídico”.⁷⁴

Apesar da teoria kantiana instituir-se como referencial na discussão e construção de doutrinas éticas posteriores, justamente por fundar-se na normatividade, algumas críticas são necessárias. De acordo com Dussel, Kant não foi capaz de integrar as hipóteses de uma moral formal ao aspecto material emotivo, isto é, não logrou êxito em articular o momento racional com os sentimentos humanos, com o momento histórico-cultural ou com a vida de cada sujeito humano⁷⁵. Assim, segundo a perspectiva kantiana, o ato seria moralmente aprovado desde que cumprido a obrigação de realizar um ato perfeito formalmente, independentemente das questões materiais (conteúdo). Verifica-se, portanto, a separação entre o momento material e formal na teoria kantiana – trata-se, pois, de um conceito de validade seja qual for seu conteúdo, ficando relegado a segundo plano a conceituação do “bem”, tema central das teorias éticas até então desenvolvidas. O procedimento garantirá as condições necessárias de validade (sendo provado procedimentalmente que a máxima é generalizável em todos os casos, sem contradições) e universalidade. Assim, o imperativo categórico pretende universalizar as máximas que cada indivíduo auto-estabeleça monologicamente, construindo, desta feita, um princípio vazio de conteúdo, uma vez que exclui da sua investigação filosófica a busca pela felicidade, que para ele não pode ser

⁷⁴ PEGORARO. Ética dos maiores..., p. 117 e Ética e justiça..., p. 67.

⁷⁵ DUSSEL. Op. cit., p. 172.

matéria da lei moral universal. Trata-se, pois, da edificação da ética subjetiva como princípio universalizador.

No campo da administração pública, o estabelecimento de padrões morais se utilizou (e ainda se utiliza) da corrente kantiana, ou seja, a maioria dos conteúdos busca o cumprimento do dever de agir em conformidade com a norma. Em que pese todo esforço em construir um ordenamento jurídico nítido sobre a conduta ética esperada do agente público, o que se tem, objetivamente, são normas descrevendo comportamentos humanos vedados ao espaço público. Talvez esta postura se justifique em razão do modelo weberiano de administração pública; todavia, diante do aparato infundável de códigos de ética propostos pelos Conselhos Profissionais, outras tantas leis ordinárias e regulamentos recomendados por entes públicos destinados a dirigir a conduta humana, não se vislumbram conteúdos materiais propriamente ditos, isto é, não se tem difundido o comportamento esperado dos indivíduos que estão, de alguma forma, ligados à administração pública, especialmente no tempo atual ‘globalizado’, complexo, plural e líquido⁷⁶.

Desta maneira, a pretensão de alicerçar a ética para administração pública na teoria kantiana se mostra insuficiente na atualidade, sendo necessário reposicionamento, vez que o cumprimento de máximas individuais com pretensão de universalidade a partir de juízos *apriorísticos* não respondem a todas as situações encontradas na pluralidade e complexidade contemporâneas. Até porque, por ser eminentemente formal, acaba externalizada como dever-ser derivado da razão a partir de si mesmo, afastando-se de uma ética teleológica. Sem se perquirir acerca do conteúdo material, pois o que está em jogo são as condições de validade independentemente da substância ou essência do dever-ser, o que se pretende atingir, enquanto princípio universalizador do dever-ser, é irrelevante, uma vez que o cumprimento da máxima não ocorre por um fim específico, mas somente pelo respeito à lei, ou seja, o dever pelo dever.

⁷⁶ BAUMAN, Zigmunt construiu o conceito ‘líquido-moderno’ para caracterizar as situações fluidas, onde as organizações não podem mais manter sua forma por muito tempo. Diante da fluidez, a vida é precária, as estratégias existenciais são de curto prazo destinado a um projeto de vida individual. Esta concepção foi abordada em diversas obras do mesmo autor: Tempo Líquido, Globalização: consequências humanas, Vida Líquida, Amor Líquido, Modernidade Líquida, etc.

1.2.3 A ética discursiva

Também denominada de teoria da comunicação lingüística, a ética discursiva inaugura novo momento na teoria contemporânea. Inspirada na moral kantiana, enquanto ruptura com as teorias éticas medievais, incorporou novos motivos importantes, como resposta ao desafio fundamental da contemporaneidade: a amplitude imprevisível das conseqüências derivadas das ações coletivas do homem no domínio da ciência e da técnica⁷⁷. Como destaques principais merecem ênfase Karl-Otto Apel⁷⁸ e Jürgen Habermas⁷⁹. O giro lingüístico percebido primeiramente por Apel impactará decisivamente na mudança paradigmática acontecida na filosofia. Veja-se: não se trata simplesmente de incluir a linguagem como tema na discussão filosófica, mas da passagem da linguagem como objeto da reflexão para fundamento do pensar - filosofar passa a significar filosofar à partir da linguagem⁸⁰. Ocorre o trânsito do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, onde as relações entre linguagem e mundo, entre proposições e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto⁸¹.

A quebra paradigmática ocorre da consciência, cuja razão tem como vértice o sujeito e, portanto, é instrumental e subjetiva⁸², em direção ao paradigma emergente, onde a razão encontra seu núcleo na comunicação⁸³.

⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia. Luiz Bernardo Leite Araújo. Unisinos: São Leopoldo, 2006, p. 297.

⁷⁸ Influenciado pela teoria kantiana e pela filosofia americana de Charles Pierce, Apel iniciou seus estudos a partir da idéia da linguagem na tradição humanista.

⁷⁹ Com raízes marxistas, originou-se da segunda geração da Escola de Frankfurt, iniciou seus estudos à partir da crítica político-social, dedicando-se posteriormente, aos problemas da linguagem.

⁸⁰ LUDWIG. Op. cit., p. 93.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.15.

⁸² De acordo com explanação de Celso Ludwig, é instrumental na medida em que torna possível ao sujeito o controle teórico (conhecimento) e prático (dominação) das coisas e do mundo; é subjetiva eis que privilegia o sujeito, em detrimento do objeto. LUDWIG. Op. cit., p. 104.

⁸³ Ocorre o alargamento da racionalidade, uma vez que seus parâmetros estão inseridos na

Recusa-se o conceito de razão pura, uma vez que a reflexão se dará através da linguagem e do consenso intersubjetivo. Não se considera somente o sujeito individual para fins do novo paradigma, mas sempre intersubjetivamente. A ética discursiva habermasiana vai além de uma teoria moral, espalhando-se por ambientes afetos à teoria da linguagem, teorias sociológicas, psicológicas e na teoria do desenvolvimento da consciência de Kolberg⁸⁴. A emergência do novo paradigma gerou efeitos, os quais são descritos por Ludwig:

Pelo menos dois são os efeitos dessa situação. O primeiro diz respeito a ruptura que ocorre entre a modernidade filosófica e a filosofia da segunda metade do século XX: passagem da certeza da cognição e da cognição como *certeza* para a cognição como *consenso argumentativo*. O segundo efeito indica que há uma *continuidade* e que consiste na reflexão sobre as *condições de possibilidade e validade do conhecimento: a consciência antes, a linguagem agora*.⁸⁵

Não se pretende abordar exaustivamente a teoria da ação comunicativa, mas tão somente tocar em alguns pontos da teoria da ação comunicativa com objetivo de proceder análise sobre a adoção ou não desta proposição, hábil e suficiente a instituí-la como base fundante da ética para administração pública contemporânea.

Apesar de influenciada pela teoria moral kantiana, a ética discursiva de Habermas subverte o imperativo categórico, pois,

Em vez de impor a todos os outros uma máxima que eu quero que se torne uma lei universal, eu submeto minha máxima a todos os outros para examinar, ao longo de uma discussão, sua pretensão de universalidade. Assim se opera o deslocamento: o centro de gravidade já não reside naquilo que cada um quer fazer valer, sem ser contrariado, como sendo uma lei universal, mas naquilo que todos possam receber unanimemente como norma universal⁸⁶.

consciência, nos procedimentos argumentativos, no elemento cognitivo, prático moral e emancipatório.

⁸⁴ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p.136.

⁸⁵ LUDWIG. Op. cit., p. 95.

⁸⁶ Apud PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 146.

Como se verifica, a ética discursiva faz crítica à ética subjetivista e monológica de Kant, edificando uma teoria dialógica, conservando, porém o formalismo⁸⁷ e a imagem subjacente da universalidade (advinda do imperativo categórico) dos mandamentos morais válidos. Assim, em Kant, o princípio validava a norma de *per si*, num juízo *apriorístico* e individual, enquanto na ética discursiva, o princípio não justifica a norma, que deverá passar pelo crivo do consenso intersubjetivo.

Em Habermas, a origem da ética deixa de ser única, assumindo a condição de referencial destinado a avaliar e julgar a validade das normas morais através do consenso. A teoria da ação comunicativa está assentada em características essenciais, isto é, (1) constitui-se numa ética deontológica e pós-metafísica que tem por objeto o debate acerca da validade das normas morais existente; portanto, não busca instituir novas normas, mas a discussão sobre a validade daquelas já estabelecidas; (2) parte do pressuposto da verdade, ou seja, é cognitiva com o estabelecimento *apriorístico* da verdade encontrada na realidade diária (não é metafísico); (3) possui procedimentos formais e (4) tem pretensão de universalidade, uma vez que a linguagem ultrapassa limitações impostas pela cultura ou época.

Dessume-se, pois, que a ética do discurso não institui princípios abstratos ou normas práticas, mas objetiva harmonizar aquelas já existentes e em conflito através do consenso entre todos os participantes, tornando-a válida universalmente por meio do debate argumentativo – quando todos concordam em cumprir a norma. No entanto, para que haja consenso, alguns pressupostos basilares da razão argumentativa são indispensáveis:

- a) pretensão de compreensibilidade dos falantes;
- b) pretensão de verdade: os participantes do discurso devem dizer a verdade sob pena de não se constituir debate;

⁸⁷ Enquanto Kant criou o formalismo do sujeito que “deve agir de tal modo que...” sem prescrever a realização de uma finalidade específica, Habermas deu origem ao formalismo lingüístico onde uma norma individual e contraposta deve tornar-se universal dialogicamente por intermédio do consenso.

- c) pretensão de correção do conteúdo normativo;
- d) pretensão de sinceridade;

Dessa forma, o cerne da teoria habermasiana implica em confiança, autenticidade e veracidade dos argumentos lingüísticos utilizados pelos participantes do procedimento destinado ao estabelecimento do consenso. Ratificando essa posição:

Toda pessoa que entra em interação com outra, visando um entendimento sobre algo, tem de levantar implicitamente quatro pretensões universais de verdade. Em todo ato de fala razoável exigimos necessariamente a verdade do conteúdo formado no proferimento, a sinceridade da intenção manifestada nele, bem como a correção do pano de fundo normativo que acompanha a relação interpessoal que se estabelece no ato da fala ilocucionário.⁸⁸

Os princípios cardiais que alicerçam a ética discursiva são dois: (1) princípio discussão (D) e (2) princípio universalização (U), assim descritos:

Numa palavra, o princípio D tem a função de resolver imparcialmente os conflitos de interesses particulares a respeito de normas éticas existentes. Ao cumprir esta função, o princípio D eleva-se ao princípio geral universal U e se transforma na regra de argumentação [...]. Então o princípio de universalização U tem a função de testar e validar as normas. [...] U é, portanto, um ponto de vista universal construído por “nós” e não por um “eu” kantiano.⁸⁹

A passagem do particular para o geral se faz através do que Habermas denomina de “princípios-ponte”, que no discurso teórico é a indução e no prático moral é a Universalização (U). Logo, somente são válidas as normas em conflito sobre as quais haja consenso, alcançado via critério de

⁸⁸ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.108.

⁸⁹ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 144-145.

universalização.

Ludwig, por sua vez, percebe que para fundamentação da ética do discurso é necessário seguir o método ordenado por Habermas, sugerindo os seguintes passos:

(1º) recordar o papel das pretensões de validade normativa na prática cotidiana; (2º) introduzir o princípio de Universalização (U) como princípio-ponte, tornando possível o consenso em argumentações morais, afastando da aplicação monológica; e (3º) mostrar que as fundamentações morais dependem da realização de argumentações.⁹⁰

Outro aspecto, não menos importante, refere-se à simetria dos participantes do discurso e na ausência de violência perante o procedimento a ser observado na construção do almejado consenso, através do debate dialógico. Desta forma, cada participante tomará parte do discurso intersubjetivo buscando defender seus interesses específicos com vista a concretização do consenso universal:

Só o debate, ao longo do qual os argumentos de cada participante são avaliados de modo crítico, sem imposição e no respeito à igualdade dos interlocutores, pode estabelecer a validade dos enunciados morais.⁹¹

A teoria habermasiana também aponta no sentido de estabelecer uma diferenciação entre moral e ética⁹², onde a moral se relaciona a questões sobre o que é justo no interior de um procedimento argumentativo e a ética às escolhas pessoais e axiológicas de natureza subjetiva (bem, felicidades, etc).

Diante da breve abordagem teórica ora estabelecida, cabem, ainda, algumas indagações sobre as implicações no direito e, conseqüentemente, na administração pública, advindas do paradigma emergente.

⁹⁰ LUDWIG. Op. cit., p. 107-108.

⁹¹ HABERMAS. Consciência moral..., Op. cit., p. 86. Sem grifo no original.

⁹² De acordo com Olinto Pegoraro, esta distinção pretendida por Habermas é incoerente, uma vez que a ética discursiva nada mais é do que uma moral comunicativa. PEGORARO. Ética dos maiores...

Habermas localiza o Direito dentro da sua teoria da sociedade, buscando reconstruir de maneira coerente a evolução social, cujas linhas requerem a definição de sistema e mundo vivido (o local das relações sociais espontâneas), em três ambientes: da cultura (caracterizada pelo saber da comunidade, pela tradição), da sociedade (formado por ordenamentos legítimos, onde o agir é regulado de forma universal observando um procedimento formal de discussão com vistas a justificar as normas) e da personalidade (conjunto de competências do indivíduo que o habilita a interagir socialmente).

Mas qual seria a função do Direito na lógica da evolução social habermasiana? Para responder tal indagação, mister se faz esclarecer que somente é possível tal integração no nível convencional e pós-convencional⁹³, onde o mundo vivido atingiu determinado grau de racionalidade. Mas a transição do estado convencional para o pós-convencional provoca algumas alterações substanciais na ligação entre moral e direito, donde a moral seria o espaço do domínio interno, privado e individual e o ambiente externo e público destinado ao governo do direito.

Ludwig cita três eixos pelos quais o direito moderno se delineou, diante da alteração estrutural provocada pelo paradigma lingüístico, quais sejam, a positividade, o legalismo e o formalismo⁹⁴. Apesar de localizado na cercadura do paradigma da consciência, a teoria da ação comunicativa exige outra

⁹³ Para estabelecer a situação da evolução alcançada pelo direito, Habermas lança mão do modelo elaborado por Kolberg, onde a integração social ocorre em três níveis: pré-convencional, convencional e pós-convencional. Conforme resumo apresentado por Ludwig, o estado **pré-convencional** se caracteriza pela “obediência e punição”, sendo que as ações e os próprios sujeitos da ação são percebidos num plano de realidade e, quando ocorrem os conflitos, estes são avaliados por suas conseqüências - a regulamentação jurídica dos conflitos realiza-se pela avaliação das conseqüências, com intuito de remontar o *status quo ante*. No nível **convencional** além do cumprimento do dever e manutenção da ordem social (lei e ordem), a orientação está voltada para aprovação e ajuda aos outros, onde a avaliação dos motivos não depende das conseqüências da ação, sendo que a solução dos conflitos se dá pela figura jurisdicional. O estado **pós-convencional** é marcado pela orientação contratual-legalista; há a preocupação com princípios éticos universais, surgem os direitos individuais reconhecidos pela sociedade; o sistema de normas carece de justificação a partir de critérios universais; os conflitos são regulados mediante a separação da moral e do legal. LUDWIG. Op. cit., p. 118.

⁹⁴ Positividade entendida como direito estabelecido pelo legislador; o legalismo, posto que não há espaço para motivações interiores, logo não há nas pessoas jurídicas com motivação ética; o formalismo, como condição do direito moderno ao exercício legítimo, pois não se admite cometimento de atos de não tenham sido predefinidos formalmente.

compreensão do direito para além do simples positivismo jurídico, mas reconstruindo seus alicerces por meios de argumentos políticos, afirmação de princípios e argumentações morais⁹⁵, ou seja, racionalidade ética intersubjetiva, onde a moral se faz presente constituindo-se o núcleo dos procedimentos do direito positivo (justificação e validação de normas).

Não obstante toda fundamentação teórica trazida à lume, torna-se imperioso colacionar a crítica realizada ao paradigma. Inicialmente cumpre esclarecer que, assim como a ética kantiana, Habermas não está comprometido com o conteúdo das normas validadas por meio do consenso:

Portanto, na ética discursiva não existe uma preocupação de ordem existencial de cada pessoa e de cada situação concreta, visando orientar o sujeito para uma vida boa e feliz; pelo contrário, a ética deontológica discute as condições nas quais uma norma pode ser aceita como válida; então o problema ético se desloca da questão do bem para a questão do justo, da felicidade pessoal para a validade da prescritiva da norma⁹⁶.

Assim, constata-se que a ética do discurso se assenta em posição diversa das éticas materiais: enquanto estas encontram-se orientadas a conteúdos e situações concretas da vida, a teoria da ação comunicativa tem por meta a definição de procedimento formal, o qual viabilizará a obtenção do que seja moralmente válido através do consenso entre todos os participantes do discurso, sendo de somenos importância o aspecto substancial do que fora validamente atingido pelo consenso por meio do formalismo lingüístico. Por isso, Pegoraro afirma que a “ética habermasiana seria meramente lingüística sem ligação com a vida real das pessoas: uma ética de papel, puramente lingüística”⁹⁷.

Trata-se de um critério de validade intersubjetiva, onde as decisões éticas só adquirem validade universal quando submetidas ao consenso da comunidade falante. Mas, tal assertiva parte de alguns pressupostos

⁹⁵ Desde que considerado o direito com sistema aberto às realidades políticas.

⁹⁶ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p.139.

⁹⁷ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 147.

indispensáveis, quais sejam a pretensão de verdade da fala dos que participam do debate e a simetria do discurso (re-conhecimento de que o outro é um igual falante). Ora, nesta perspectiva, a base teórica habermasiana encontra limitações, pois a pretensão de validade em nada se assemelha a pretensão de verdade (característico da referência prática de conteúdo).

Esta concepção é ratificada por Dussel, asseverando que:

A Ética do Discurso elaborou criativamente os níveis morais das pretensões de validade dos enunciados, naquilo que se poderia denominar um avanço na formulação do princípio de universalidade, mas dentro do estreito horizonte de um conceito meramente formal ou consensual (com variantes) de verdade, e isto devido [...] ao fato de ser uma compreensão redutiva do conteúdo material⁹⁸.

Quando se articula sobre a questão da verdade, a referência é pertinente a “conteúdo” visando dar cumprimento das exigências materiais. No entanto, por seu turno, a pauta veicula questões de validade, se está diante do momento formal, cujo procedimento tem o propósito específico de obter o cumprimento das regras produzidas por consenso intersubjetivo. Não se pode confundir o tópico da verdade com o da validade, posto que somente se atinge a validade consensual, partindo da premissa da verdade do argumento que carece obrigatoriamente da prévia consensualidade. Logo, não há verdade em sentido pleno, já que não se discute o conteúdo material dos argumentos, havendo, no entanto, pressuposto prévio de que o argumento é verdadeiro, sob pena do consenso intersubjetivo não ser alcançado:

No **nível material há conhecimento** (inteligibilidade material ou de conteúdos de uma razão prático-material e teórica) **da verdade** dos argumentos; no **nível formal de validade moral há conhecimento dos argumentos** a partir da obrigação moral contraída a partir do devido re-conhecimento dos sujeitos éticos situados intersubjetivamente (como momento da razão discursiva)⁹⁹.

⁹⁸ DUSSEL. Op. cit., p. 206.

⁹⁹ Ibidem, p. 215. Sem grifos no original.

Assim, as maiores críticas à teoria da ação comunicativa ou à tese habermasiana estão situadas, especialmente, na questão da ausência e/ou pouca preocupação com o conteúdo material do consenso intersubjetivo produzido (pois não se descarta a hipótese de se produzir normas injustas pelo consenso) e, no tocante ao pressuposto da simetria do discurso dos participantes (re-conhecimento do outro igual falante). Ora, sabe-se que na contemporaneidade marcada pela pluralidade e complexidade, a simetria afigura-se como “ideal” necessário à justificação da teoria exposta – não se constitui em predicado absoluto e universal, mas sim, numa ficção, quando em cotejo com a realidade concreta para além das fronteiras do pensamento europeu. Diante disso, pode-se afirmar que a teoria habermasiana consiste na ‘universalização de um ponto de vista’,

[...] Habermas cria um princípio moral vazio de conteúdo, apenas uma exigência de universalização, “um ponto de vista”. Porém, nada garante que o procedimento dialógico, corretamente conduzido, baste por si só para garantir a moralidade da norma¹⁰⁰.

Em função das censuras citadas, Dussel propõe a ética da libertação, veiculando uma articulação entre o critério de validade moral intersubjetiva e o critério de verdade prática de reprodução e desenvolvimento da vida humana,

...se a aplicação do princípio ético-material se efetiva por meio do princípio moral formal de validade, isto significa que se produziu uma “síntese” entre o material e o formal¹⁰¹.

Na posição oposta, adequada a citação de Rogério Gesta Leal, para quem a teoria da ação comunicativa constitui-se num referencial teórico totalmente adequado à contemporaneidade, eis que produzirá uma ética da

¹⁰⁰ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 148.

¹⁰¹ DUSSEL. Op. cit., p. 217.

responsabilidade, pois:

[...] no agir comunicativo acima referido – fundador de uma ética discursiva e responsável – um é motivado racionalmente pelo outro à ação de adesão à projetos e demandas comunitariamente ajustadas (gerando um ética emancipadora de condutas que pretendem constituir ações civilizatórias de liberdade e igualdade dos sujeitos sociais, a partir do reconhecimento das diferenças de cada qual)¹⁰².

No campo da administração pública, a teoria da ação comunicativa encontra terreno fértil ao seu desenvolvimento, uma vez que se está em solo cuja atuação é eminentemente formal, marcado pelo positivismo jurídico, cuja obrigação está vinculada à obediência de procedimento pré-estabelecido, revestido de forma específica, destinado a seguir o rito ordenado dos atos de modo a garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais. O espaço público – local de inter-relacionamento entre cidadão e administração pública encontra-se reservado ao cumprimento dos desígnios então estabelecidos: o bem comum ou o interesse coletivo.

Portanto, o fundamento do paradigma lingüístico, *prima facie*, constituir-se-ia como o embasamento mais adequado aos tempos atuais para abrigar o elemento fundante da eticidade na administração pública. No mesmo sentido, declara Gesta Leal:

Desde uma perspectiva habermasiana, estou sustentando que a Administração Pública no Brasil se apresenta como uma esfera de intermediação entre sistema jurídico e mundo da vida. É em face desta posição de intermediadora que emerge, em vários níveis, a tensão entre validade e faticidade no âmbito de sua significação e sentido, eis que para cumprir sua função de efetivadora dos direitos e garantias fundamentais, só pode fazê-lo – sob o prisma da legitimidade – com a participação orgânica e ampliada daqueles que são atingidos e envolvidos por seu mister, sob pena de esvaziar – no processo de concretização destas prerrogativas – as constituições cívicas de suas possibilidades, transformando-os em novos expedientes burocráticos, com ausência de adesão social¹⁰³

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. O problema ético na administração pública contemporânea brasileira. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 341.

¹⁰³ Ibidem, p. 346.

Neste aspecto, a teoria da ação comunicativa estaria apta a fundamentar um padrão ético para a Administração Pública em função da existência de instrumentos de resgate do equilíbrio entre a autonomia privada e a pública, buscando concretizar a soberania popular - “procedimento compartilhado comunitariamente à formação da vontade estatal”¹⁰⁴.

Jessé Souza, por sua vez, no tocante a prestação de serviços administrativos, aborda a necessidade do poder comunicativo converter-se no poder administrativo, esclarecendo que:

Em Habermas, destaca-se a conexão complementar e problemática de “poder comunicativo” e “poder administrativo”. O poder comunicativo manifesta-se nos procedimentos democráticos de formação da vontade estatal que, além de incluir o processo eleitoral e o legislativo, abrange o discurso em vários níveis da esfera pública. Trata-se da determinação de decisões vinculatórias e da produção de normas jurídicas entre sujeitos orientados na busca do entendimento. O poder administrativo corresponde à dominação legal racional no sentido weberiano. Habermas propõe que o direito seja compreendido como o meio de conversão do poder comunicativo em poder administrativo¹⁰⁵.

No entanto, diante do esteio teórico e arguições então exibidas, necessário se faz sopesar acerca do ponto vulnerável do preceito, ou seja, a preocupação exclusiva com o procedimento formal a ser observado, em detrimento do conteúdo material visado pela conduta humana posta em ação, ainda que, no princípio moral formal de validade não tenha espaço para esta inquietação – não é o escopo do ensinamento.

Desta forma, alguns tópicos merecem especial atenção quando do cotejo da teoria da ação comunicativa com a administração pública:

(1) a articulação da simetria do discurso entre os participantes

¹⁰⁴ Ibidem, p. 347.

¹⁰⁵ SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000, p. 123.

expressa-se num desatino. Em uma realidade de América Latina, num país de proporções continentais como o Brasil, que apresenta disparidades sócio-culturais assombrosas e analfabetismo funcional atingindo a casa dos 33 milhões¹⁰⁶ de pessoas, onde a questão da politização permanece em situação delicada (tanto a despolitização quanto a apolitização), pressupor a igualdade discursiva proclama uma utopia;

(2) a pretensão de verdade e autenticidade do discurso, igualmente pode erigir-se como indício de dificuldade na obtenção do consenso, pois na administração pública os interesses em jogo são coletivos e públicos, os quais não são suscetíveis de apropriação privada ou individual, logo, não podem ser “negociados” ainda que objetos do debate¹⁰⁷. Portanto, a adoção do paradigma lingüístico como vetor fundante da ética no espaço público pode encontrar incompatibilidades teóricas – o interesse público não se constitui na aglutinação de interesses individuais¹⁰⁸.

No sentido contrário, há o entendimento de que a ética discursiva, apesar de não possuir nenhuma orientação de conteúdo ou material, constitui-se num “procedimento rico de pressupostos que deve garantir a imparcialidade da formação de juízo”¹⁰⁹. Vale dizer, deve torna-se a referência normativa do administrador público – a condição de validade do agir administrativo. A gestão pública estaria legitimada na medida em que as condições formais de possibilidade de participação política deliberativa estivessem garantidas a todos, isonomicamente, de maneira a edificar consenso válido, racional e com

¹⁰⁶ Considera-se analfabeto funcional o indivíduo com mais de quinze anos de idade e que possui escolaridade inferior a quatro anos. Dados disponíveis no site: www.ibge.gov.br, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁰⁷ Considerando que a construção do consenso se dá diante de interesses individuais, contrapostos e em litígio, onde cada participante do debate irá defender um “ponto de vista”.

¹⁰⁸ Este é o entendimento do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assevera que o conceito jurídico de interesse público consiste no interesse do todo, do próprio conjunto social, não se confundindo com a somatória dos interesses individuais. No entanto adverte sobre o erro conceitual quando se concebe o interesse público como algo autônomo – independente e estranho a qualquer interesse das partes. Conclui que o interesse público “é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm enquanto considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” MELLO, Celso. Op. cit., p.50-53.

¹⁰⁹ LEAL. Op. cit., p. 344.

pretensão de universalidade¹¹⁰.

Diante das críticas assinaladas, especialmente sobre a universalização de 'um ponto de vista', Habermas se defende, conforme citação de Pegoraro:

Não é ignorando o contexto das interações mediatizadas pela linguagem, bem como a perspectiva de cada participante, que nós adquirimos um ponto de vista imparcial, mas unicamente por uma abertura universal das perspectivas individuais dos participantes¹¹¹.

Não obstante as diversas críticas realizadas à teoria da ação comunicativa, não se pode negar que a proposta principiológica em análise, institui-se como corrente filosófica contemporânea em amplo desenvolvimento, especialmente no campo da validade normativa do político,

A “ética do discurso” apresenta-se como proposta de fundamentação de uma ética universal de ação que se pretenda adequada às condições estruturais e ao estágio histórico de uma civilização da razão em vias de tornar-se efetivamente a primeira civilização planetária conhecida. Como tal é amplamente recebida e discutida, sendo uma das mais importantes correntes do pensamento ético atual, cujo desenvolvimento, de resto, acompanha a evolução do pensamento de seus dois iniciadores, em plena atividade de produção teórica.¹¹²

Todavia, torna-se imprescindível profunda apreciação das diversas correntes filosóficas contemporâneas, bem como, premente promover reflexão crítica à luz da realidade fática vivenciada, considerando peculiaridades sociais, econômicas, políticas, culturais, enfim, sopesar todas as características específicas da coletividade envolvida para, somente então localizar o alicerce fundante da Administração Pública brasileira, que indubitavelmente passa pela pretensão de inclusão e por valores consagrados constitucionalmente.

¹¹⁰ Ibidem, p. 348.

¹¹¹ PEGORARO. Ética dos maiores..., Op. cit., p. 148.

¹¹² VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002, p. 165.

Parte 2 - OS MODELOS ÉTICOS VIGENTES NA ESFERA ADMINISTRATIVA CONTEMPORÂNEA

2.1 Alguns modelos éticos contemporâneos

Em razão do processo de globalização em andamento, os cuidados com as questões ligadas à eticidade na administração pública se estenderam para além das fronteiras dos Estados instituídos formalmente e, atualmente abarcam entidades supranacionais e intergovernamentais¹¹³ - daí o surgimento de diversas instituições que tem por finalidade precípua o controle ético do atuar público e privado. O Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento têm realizado diversas ações destinadas ao combate à corrupção¹¹⁴; a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aprovou a Convenção para o Combate do Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Internacionais¹¹⁵ em 1997, do qual diversos países são signatários. A OCDE, em 1998, fixou doze princípios¹¹⁶ destinados a busca de padrão ético para a administração pública.

¹¹³ CAPUTI, María Claudia. La ética pública. Buenos Aires: Depalma, 2000.

¹¹⁴ Em 2008, foi apresentado documento contendo os “Indicadores de Bom Governo” em seis perspectivas (estabilidade política e abstenção da Violência/Terrorismo, qualidade regulatória, efetividade governamental, ordenamento jurídico, controle da corrupção e ‘accountability’, realizado em 212 países e territórios entre o período de 1996 a 2007. Informações obtidas através do site: www.bancomundial.org/wbi/governance/esp (acesso no dia 23 de fevereiro 2009).

¹¹⁵ Trata-se de instrumento que define as obrigações dos governos, das empresas, dos contadores públicos, dos advogados e da sociedade civil das nações signatárias do Tratado. Informações obtidas através do site: www.oecd.org em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹¹⁶ Resumidamente, os doze princípios são: (1) As normas éticas aplicáveis ao serviço público devem ser claras; (2) As normas devem estar escritas num marco jurídico; (3) Os ocupantes de cargos públicos devem receber formação em matéria ética; (4) Os ocupantes de cargos públicos devem conhecer seus direitos e obrigações; (5) A responsabilidade política deve ser real, coerente e efetiva; (6) O processo de decisão deve ser transparente e controlável; (7) Devem existir diretrizes claras nas relações entre setor público e privado; (8) Os gestores públicos devem promover um comportamento ético; (9) Políticas, procedimento e práticas de gestão devem favorecer o comportamento ético; (10) As condições de emprego devem fomentar o comportamento ético; (11) Os mecanismos devem permitir a prestação de contas; (12) Os procedimentos e sanções devem existir e serem adequados para os casos de comportamentos culpáveis. Site: www.oecd.org em acesso realizado em 23/02/09.

A Organização das Nações Unidas (ONU), adotou em Assembléia Geral de 31 de outubro de 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto 5.687 de 31 de janeiro de 2006¹¹⁷, fixando no art. 1º, sua finalidade: a) promover e fortalecer as medidas destinadas a prevenir e combater eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluindo a recuperação de ativos; c) promover a integridade, a obrigação de prestar contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. Os princípios que fundamentam a Convenção foram elucidados no art. 8º, quais sejam, combater a corrupção com integridade, honestidade e responsabilidade dos funcionários públicos, cabendo, ainda, a cada Estado, buscar a implementação de códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas.

No decorrer do capítulo será tratado de aspectos ligados a ética e seu controle no Brasil, como também, no âmbito da administração pública comparada, especificamente o modelo estadunidense; na Europa, abordar-se-á a França e a Inglaterra, cujos instrumentos de atuação e controle encontrarem-se alicerçados em bases filosóficas e jurídicas diversas, e, na América Latina, a Argentina. Dar-se-á, também, um apanhado genérico e breve sobre o tema em outros países. Todavia, inicialmente, por questões didáticas, se faz necessária uma visita à situação ética contemporânea que restou por influenciar o *modus operandi* de cada país quando do trato da matéria.

Henrique Cláudio de Lima Vaz considera três paradigmas éticos contemporâneos: o empirista, o racionalista e o historicista¹¹⁸. Não é o caso de proceder levantamento cronológico aprofundado, mas tão somente apresentar visão panorâmica dos impactos derivados dos paradigmas, até porque, irão traduzir o momento histórico vivenciado.

¹¹⁷ Informações obtidas através do site: www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm, em acesso no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹¹⁸ VAZ, H. Op. cit., p. 90.

O empirismo é indicador da filosofia anglo-saxônica, que recebeu influências da ordem política liberal, fazendo brotar e difundindo a ideologia individualista, sua marca característica. Tem como núcleo o espaço da psique humana (a estrutura psíquica), transmitindo as bases filosóficas para o utilitarismo, corrente sucessora atual do empirismo¹¹⁹, por isso a versão mais conhecida dessa ética consiste na atividade prática científica, tanto no sentido objetivo quanto no subjetivo¹²⁰.

O racionalismo serviu de base da cultura francesa no séc. XVII, que deu origem a duas correntes distintas: a cartesiana e a escolástica racionalista¹²¹ - ambas continuam a influenciar a ética contemporânea, especialmente a das ciências, dado seu contorno científico. O centro da reflexão ética volta-se à natureza como fonte das normas, dos valores e dos critérios morais das ações humanas. A fundação do Positivismo¹²² se dá neste momento histórico-filosófico, através de Auguste Comte que pretendeu inaugurar uma moral positiva¹²³, sendo que na nova classificação oriunda da reorganização do saber restou absorvida pela sociologia, que passa a reunir todo o saber positivo sobre o homem.

O historicismo tem sua origem na segunda metade do séc. XVIII, na Alemanha, reforçando o sentido de identidade histórica e cultural – protagonizando o chamado Idealismo alemão. Tem na mediação da trilogia *cultura, história e ethos* os alicerces para construção teórica do paradigma historicista. A história é considerada a raiz da existência do ser humano e o ethos sua forma simbólica de manifestação; portanto, o homem constitui-se no âmago da reflexão crítica na medida em que produz cultura, criando sua história, colocando-se, desta forma, acima das questões da natureza. O

¹¹⁹ Ibidem, p. 93-94.

¹²⁰ No sentido objetivo refere-se às conclusões advindas do saber científico; no sentido subjetivo, prescreve comportamentos éticos enquanto cientistas.

¹²¹ O racionalismo com perfil cartesiano marcou o séc. XVII e foi alcançado pela idéia de uma moral da razão. A escolástica racionalista surgiu posteriormente (séc. XVIII), perdurando até revolução copernicana promovida por Kant.

¹²² Segundo Henrique Cláudio de Lima Vaz, o Positivismo tornou-se a “nova Religião da Humanidade”. VAZ, H. Op. cit., p. 91.

¹²³ VAZ, H. Op. cit., p. 92.

pensamento ético atual influenciado pelo historicismo é a ética hermenêutica, a fenomenológica e a existencialista.

Estes três paradigmas, indubitavelmente, influenciaram a forma de atuação do Estado com vistas ao estabelecimento de padrões éticos e mecanismos destinados ao controle da ética na administração pública, como se verá a seguir quando da análise específica de alguns modelos éticos comparados em vigor.

2.2 Aspectos relacionados ao controle ético da administração pública brasileira

No Brasil, o princípio da moralidade encontrou sua morada no texto constitucional, com o advento da Constituição cidadã centrada na dignidade da pessoa humana. Fez constar expressamente como princípio constitucional no art. 37 da Magna Carta de 1988, ao lado de outros que passaram a integrar o conjunto de requisitos indispensáveis a guiar o agir humano presentificado como padrão comportamental público. Além dessa referência máxima, existem diversos regramentos destinados a regular a atuação ética tanto na esfera pública quanto no âmbito privado¹²⁴. Merecem destaque alguns diplomas normativos pátrios, como a Lei Federal nº 8027/90, dirigida especificamente aos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas, o qual estabelece os parâmetros de atuação e deveres do servidor, de modo a cumprir a finalidade que justifica a existência da Administração Pública. O texto normativo preceitua, no art. 2º.:

São deveres dos servidores públicos civis:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições legais e regulamentares inerentes ao cargo ou função;
- II - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;
- IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- V - atender com presteza:

¹²⁴ Conselhos Profissionais possuem códigos de ética prescrevendo padrões de comportamentos específicos para cada profissional.

- a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas pelo sigilo;
- b) à expedição de certidões requeridas para a defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- VI - zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público;
- VII - guardar sigilo sobre assuntos da repartição, desde que envolvam questões relativas à segurança pública e da sociedade;
- VIII - manter conduta compatível com a moralidade pública;
- IX - ser assíduo e pontual ao serviço;
- X - tratar com urbanidade os demais servidores públicos e o público em geral;
- XI - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (sem grifo no original).

Cabe uma inferência: torna-se-iam desnecessárias prescrições do tipo lealdade, honestidade, presteza, entre outras, pois, ditas obrigações legais se confundem com a propósito da Administração Pública, ou seja, a materialização do interesse público, valor este que, necessariamente contém os demais integrantes da normativa em apreço.

Outros conjuntos normativos surgiram com idênticas finalidades. Atualmente tem-se o Código de Ética vigente na esfera federal, nascido através do Decreto nº 1171 de 22/06/94, derivado da Lei Federal nº 8027/90 combinada com a nº 8112/90¹²⁵, que estabelece regras deontológicas, bem como rol de deveres e vedações pertinentes ao servidor público federal. Com o objetivo primordial de resgatar a confiança da sociedade, o Código de Ética estabeleceu diretrizes de orientação para a gestão da *res publica*, estabelecendo deveres e limites das atividades profissionais dedicadas à gestão patrimonial e financeira, inclusive tratando de questões minuciosas, como aceitação de favores, transporte, hospedagem e presentes.

Some-se, ainda, a Lei de Processo Administrativo (Lei 9784/99) que traz expresso no art. 2º, inciso IV, comandos de probidade, decoro e boa-fé¹²⁶.

¹²⁵ Lei 8112 de 11 de dezembro de 1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹²⁶ Lei 9784/99, art. 2º. :
 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
 Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios

Outro texto que faz jus a se colacionado consiste na Lei de Improbidade Administrativa¹²⁷, que apesar de não indicar comandos desejados aos ocupantes de cargos públicos, resta por fixar as sanções devidas em situações em que o dever ético não foi observado ou ainda merece reparos.

Quanto às normativas de cunho internacional, cumpre citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006¹²⁸ e a Convenção para o Combate do Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Internacionais¹²⁹, de iniciativa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem o Brasil como signatário. A Comissão de Ética Pública (CEP), presidida por João Geraldo Piquet Carneiro, teve a seguinte conclusão:

- a) normas não tem o condão de alterar hábitos e condutas, se não estão respaldadas na exigência social e em uma estrutura de administração adequada;
- b) quem não tem norma efetiva de conduta não tem referencial ético objetivo. Mas um código de ética não deve ser visto como servindo apenas para “quem não tem ética”. Provavelmente, o inverso é mais verdadeiro;
- c) a efetividade das normas está diretamente associada ao seu conhecimento e compreensão e ao apoio político e engajamento das lideranças formais e informais;
- d) Fazer gestão da ética é fundamentalmente desenvolver ações direcionadas para a compreensão das normas de conduta e disseminação de conhecimento sobre como

de:

...

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

¹²⁷ Lei 8429 de 02 de junho de 1992, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, além de outras providências.

¹²⁸ Informações obtidas através do site: www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹²⁹ Entrou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 2000, através do Decreto Legislativo 125/2000. Compete à Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, acompanhar a implantação da convenção. Em 07 de dezembro de 2007, foi produzido relatório com a avaliação de sua implementação, cujas conclusões podem ser verificadas através dos sites: www.oecd.org, www.cgu.gov.br/ocde (acesso em 23 de fevereiro de 2009).

aplicá-las para resolver dilemas e balancear adequadamente ações preventivas e ações repressivas¹³⁰.

Constata-se, contudo, uma desproporção significativa: o número de ditames deontológicos é ínfimo em relação àqueles advindos de regulamentos que estabelecem sanções, ou seja, há mais regras de caráter repressivo do que preventivo, o que é uma lástima.

Note-se que a causa para falha ou ausência de postura ética pelos ocupantes de cargos públicos, no Brasil, não pode ser atribuída à insuficiência de ditames legais, em face de todos que foram arrolados; a questão cultural enraizada na sociedade é tão importante quanto a existência de preceitos normativos, sem esquecer que a deficiência da educação formal e o descaso com a coisa pública contribuem deveras para tal efeito.

Todavia, apesar das inovações legislativas trazidas à lume, ressalta-se que tais dispositivos legais ainda são ignorados pela maioria da população, dificultando o controle *in concreto* e em tempo real da atuação dos ocupantes de cargos públicos. Na mesma direção, nem todos os ocupantes de cargos públicos conhecem efetivamente o conteúdo normativo dos regramentos postos com o intuito de disciplinar o comportamento e atuação. Para Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, o desejável seria

[...] a introjeção completa desses princípios éticos como uma forma inequívoca de proporcionar benefício comum à nação, tanto quanto todos aceitem ser indispensável a obediência às leis de trânsito como única possibilidade de ter-se veículos e pedestres pelas ruas¹³¹.

Portanto, o alargamento da consciência de cidadania e a propagação de uma “mentalidade” - *modus operandi* do agir administrativo que se torne trivial, constituem-se em peças chave ao processo de aprimoramento do controle

¹³⁰ CARNEIRO, João Geraldo Piquet. A experiência da Comissão de Ética Pública, seus desdobramentos e desafios. Disponível no site: www.oecd.org/dataoecd, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹³¹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A ética nas funções do Estado. Fórum Administrativo, Belo Horizonte: Fórum, n. 28, jun/2003p. 2363-2368.

ético. A informação e divulgação ampla das responsabilidades inerentes a atuação pública, podem suscitar o desenvolvimento de terreno fértil onde a ética possa alicerçar-se solidamente, auxiliando a consolidar, no mínimo, a tradição de combate à corrupção.

2.3 A profissionalização da Administração Pública como instrumento de disseminação de padrões éticos

Muitos doutrinadores¹³² entendem que a profissionalização dos ocupantes de cargos públicos, independentemente da sua condição de servidor ou não¹³³, pode implicar em expressiva melhora da qualidade da prestação dos serviços administrativos, bem como dos padrões comportamentais necessários para atuação na esfera pública. Este mote integra a *ratio* fundante da administração pública burocrática concebida por Max Weber, constituindo-se numa de suas principais características, para quem,

A ocupação de um cargo é uma profissão. Isso se evidencia, primeiro, na exigência de um treinamento rígido, que demanda toda capacidade de trabalho durante um longo período de tempo e nos exames especiais que, em geral, são pré-requisitos para o emprego.¹³⁴

Destarte, a estrutura da administração pública burocrática roga pela especialização técnica dos funcionários, mesmo porque se considera o acesso ao cargo “como aceitação de uma obrigação específica da administração fiel”¹³⁵. Mas, alerta Adriana Schier, que a fidelidade mencionada por Weber, na

¹³² Compartilham desta opinião Jesus Gonzalez Perez, Jaime Rodríguez-Araña, Romeu Felipe Bacellar Filho, Juarez Freitas, entre outros.

¹³³ A afirmação se justifica na medida em que 20.400 pessoas ocupam cargos comissionados na esfera federal brasileira. Nos Estados Unidos da América este número atinge a quantia de 9.000; França e Alemanha chegam a 500 comissionados e somente 300 na Inglaterra. Dados extraídos do jornal Gazeta do Povo de 03 de março de 2009, p.15 (Vida Pública).

¹³⁴ WEBER, Max. Ensaio de Sociologia Política. Rio de Janeiro: Zatar, 1963, p. 232.

¹³⁵ Expressão utilizada por Max Weber quando discorre acerca da ocupação de cargos

administração burocrática, “não está referida a pessoas, e sim a finalidades impessoais e funcionais – as quais visam, em última análise, o interesse público.”¹³⁶ Nesse sentido, afirma Weber que:

a burocratização oferece, acima de tudo, a possibilidade ótima de colocar-se em prática o princípio da especialização da funções administrativas, de acordo com considerações exclusivamente objetivas. **Tarefas individuais são atribuídas a funcionários que têm treinamento especializado e que, pela prática constante, aprendem cada vez mais.** O cumprimento objetivo das tarefas significa, primordialmente, um cumprimento de tarefas segundo regras calculáveis e sem relação com pessoas.¹³⁷

Aliás, a burocracia pura pode ser representada pelos requisitos da precisão, disciplina, continuidade, calculabilidade, aperfeiçoamento, saber especializado e eficácia nas atividades¹³⁸. Ratificando o posicionamento, Katie Arguello ressalta que é incontestável o fato da superioridade técnica constituir-se num instrumento para a gestão administrativa¹³⁹.

Jaime Araña compartilha da idéia de profissionalização, aduzindo, inclusive, que o ocupante de cargo público deve possuir uma bagagem de sentido comum, de sentido geral, que lhe permita a tomada de decisões visando o interesse público ou o que denomina de “sensibilidade pública”. Defende, ainda, a implantação de um programa educativo de Ética Pública de modo a explicitar os objetivos pretendidos e os resultados obtidos, sintetizado em: a) o exercício por parte dos servidores das virtudes do serviço público (honestidade, sobriedade, modéstia, generosidade); b) a promoção dos

públicos, para quem o ideal da superioridade técnica deve dominar o modelo burocrático. WEBER. Op. cit., p. 235.

¹³⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In GUIMARÃES, Edgar. Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2004, p. 41.

¹³⁷ WEBER. Op. cit., p. 246.

¹³⁸ ARGUELLO, Katie. O ícaro da modernidade – direito e política em Max Weber, São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 77. Sem grifos no original.

¹³⁹ Ibidem, p. 36.

funcionários como protagonistas dos assuntos públicos com a implantação de aspectos éticos na função pública diante de uma perspectiva positiva, a legitimar as sanções frente às práticas corruptas; c) a capacitação dos funcionários propiciando a resolução de problemas atuando de forma ética num caso concreto; d) a possibilidade de promover o desenvolvimento das futuras gerações da administração pública¹⁴⁰.

Vale destacar que a formação e a especialização do funcionário público, além de contribuir para agilizar as tarefas administrativas, são suficientemente capazes de promover mudanças na cultura organizacional, pois propiciam a reflexão crítica no sentido de valorizar os direitos fundamentais, como também convidam à conscientização sobre a relevância do caráter público na prestação do serviço. Tolerância, solidariedade e respeito pela diversidade são valores a serem interiorizados e agregados à atuação do agente público, melhorando a qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública, revitalizando os valores éticos da sociedade e da pessoa humana¹⁴¹.

A democracia reivindica a construção de eticidade sólida¹⁴² e a profissionalização na arte de administrar, voltada ao desenvolvimento de determinadas competências destinadas a atingir o alvo prioritário: alcançar a humanização da Administração Pública. Assim, profissionalizar a função pública institui-se como medida cogente quando se pretende maior rigor ético. A conclusão de Araña é compartilhada por Romeu Bacellar, compreendendo que:

A profissionalização do servidor público, a instituição e o fomento de escolas de administração pública, a exemplo do que ocorre na Espanha, haverão de propiciar uma preparação intelectual e, sobretudo, deontológica dos operários públicos, premunizando-os contra as tentações da corrupção. O servidor bem preparado, remunerado adequadamente, com condições dignas de trabalho e, sobretudo, com esperança de progressão funcional, haverá de ser um profissional da função pública, certamente reunirá as indispensáveis virtudes para o desempenho da missão pública¹⁴³.

¹⁴⁰ ARAÑA. Op. cit., p. 290-295.

¹⁴¹ Ibidem, p.277.

¹⁴² Ibidem, p.276.

¹⁴³ BACELLAR FILHO. "Ética Pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutórios". In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 356.

Sem dúvida, tratam-se de medidas salutares e aguardadas com festejo no Brasil. Mas não se pode fugir à realidade que insiste em se apresentar: a imagem atual sobre concorrer a um cargo público específico infelizmente se relaciona menos com a vocação profissional e mais a motivos outros, em regra ligados às garantias intrínsecas ao regime jurídico do servidor público.

Não bastasse, some-se a situação dos empregados de cargos inferiores que percebem remuneração mínima, a existência de diversas questões ainda pendentes de definição jurídica, merece destaque a progressão funcional, que ainda é tratada com descaso, conforme declaração:

A implementação de um sistema de mérito no funcionalismo público é emergencial. A profissionalização da função pública exige não somente o fortalecimento do concurso público (e a necessidade de se privilegiar interpretações restritivas quanto aos cargos em comissão que constituem exceção à regra do concurso), como também um adequado plano legislativo de carreira, em todos os níveis da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)¹⁴⁴.

Sob o manto da boa configuração burocrática estatal, determinadas características teóricas, especialmente em relação aos funcionários públicos devem ser observadas, podendo ser citadas, segundo a teoria weberiana, dentre outras:

- a) ser pessoalmente livres (na medida em que obedecem somente a obrigação objetiva);
- b) ter nomeação administrativa não eletiva;
- c) possuir competências fixas;
- d) ser vinculado por contrato;
- d) ser qualificado profissionalmente;
- e) exercer seu cargo como profissão única ou principal;
- f) ser remunerados com salário fixo em dinheiro;
- g) ter perspectiva de evoluir na carreira por tempo de serviço ou competência;

¹⁴⁴ BACELLAR FILHO. "Profissionalização da função pública: a experiência brasileira". Revista de Direito Municipal n. 11/ jan./mar./2004, p. 96.

h) estar submetido a sistema disciplinar¹⁴⁵

No entanto, além das prescrições não serem integralmente respeitadas na administração pública brasileira, acrescenta-se que o modelo administrativo gerencial, propagado em verso e prosa como a redenção dos problemas derivados da prestação de serviços administrativos, não se preocupa com a valorização do aparato humano. Pelo contrário, com vistas a ajustar o déficit público, aplica regras para otimização de custos às expensas da remuneração dos agentes públicos e da redução em investimentos destinados a subsidiar a especialização profissional do corpo técnico público.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, defende a adoção de algumas alternativas destinadas a minimizar a corrupção, merecendo destaque:

- a) Diminuição da burocracia e aumento da transparência através da modernização da máquina estatal;
- b) Equação ajustada ou proporcionalidade entre responsabilidades e remuneração percebida no cargo;
- c) Capacitação profissional, com aprimoramento técnico visando a formação humanística do servidor público;
- d) Eficácia na aplicação das leis e ajustes nas práticas herdadas de épocas passadas onde imperava práticas autoritárias e obsoletas.

Apesar das escassas novidades legislativas neste terreno, a convergência dos autores conduzem ao ponto comum: a necessidade de conscientização e capacitação contínua dos servidores públicos nas questões ligadas ao comportamento ético indispensável ao exercício da função pública¹⁴⁶, com vistas ao aperfeiçoamento da confiança e do relacionamento

¹⁴⁵ GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002, p.34.

¹⁴⁶ Jaime Rodríguez Araña defende a implantação de um Programa educativo de Ética Pública esclarecendo sobre os objetivos buscados e as conseqüências obtidas com o programa: a) o exercício por parte dos servidores das virtudes do serviço público (honestidade, sobriedade, modéstia, generosidade); b) a assunção dos servidores como protagonistas diante dos assuntos públicos, com a inserção de aspectos éticos numa perspectiva

entre cidadão e Administração Pública. Na mesma esteira é a posição de Romeu Bacellar Filho, onde

[...] a profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes, a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados (em todos os sentidos) para o exercício da profissão, e não num status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados¹⁴⁷.

Portanto, é inquestionável que a profissionalização da função pública e a implementação de sistema de mérito no funcionalismo é de fundamental importância com vistas a produzir aperfeiçoamento do desempenho de função pública; no entanto, outra medida é de idêntico relevo se faz cogente: a conscientização do escopo próprio à função pública aliado ao ensino da ética pública¹⁴⁸.

2.4 A Administração Pública comparada

2.4.1 Alguns modelos europeus

A presente colação tratará de dois padrões: Inglaterra e França, cuja escolha não foi aleatória; pretende-se averiguar tais modelos em cotejo com

positiva, legitimando sanções frente a condutas corruptas; c) a capacitação dos funcionários propiciando a resolução de vários problemas através da atuação ética; d) a possibilidade de promover o desenvolvimento futuro das Administrações Públicas. ARAÑA. Op.cit., p. 275.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. Op. cit., p. 88.

¹⁴⁸ Araña propõe que o ensino de Ética Pública ocorra em escolas especializadas de administração pública, com o escopo de tratar de assuntos ligados à direção administrativa, às competências do gestor público, à condução de políticas públicas, à direção de pessoas, ao clima de trabalho, à responsabilidade dos funcionários, entre outros. ARAÑA, Jaime R. Op. cit., p. 291.

distintos paradigmas éticos em vigor e seus desdobramentos. Em que pese o tratamento particular aos dois modelos, importante esclarecer que os países europeus buscam regular a atuação ética administrativa através de ordenamentos jurídicos específicos, com exceção da Inglaterra que tem suas bases jurídicas assentadas em pilares diferentes dos demais países integrantes do bloco europeu.

Na França, os agentes públicos são regulados pelo Estatuto Geral dos Funcionários do Estado e das Coletividades Territoriais (Statut Général des Fonctionnaires de l'Etat et des Collectivités Territoriales), instituído através da Lei 83-634¹⁴⁹ combinada com a Lei 84-16¹⁵⁰, as quais regulamentam minuciosamente os direitos e obrigações afetos à função pública, à remuneração, às incompatibilidades, enfim, objetivam disciplinar medidas que favoreçam a probidade administrativa. Importante asseverar que a capacitação contínua dos servidores públicos é extrema relevância, ao ponto de ser regrada por disciplina própria¹⁵¹. O Ministério da Justiça Francês mantém-se aparelhado visando a prevenção da corrupção, conservando, desde 1993, o Serviço Central de Prevenção da Corrupção (SCPC)¹⁵², de âmbito interministerial encarregado da “prevenção da corrupção e da transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos”. A lei anticorrupção (Lei 93-122 de 29/01/1993, regulamentada pelo Decreto 93-232 de 22/02/1993), tem por finalidade a centralização de documentos e informações necessárias à detecção e prevenção de atos de corrupção, tráfico de influências; auxiliar as autoridades judiciais quando em processos dessa natureza; fornecer informações e pareceres sobre medidas destinadas à prevenção da corrupção.

¹⁴⁹ Lei de 13 de julho de 1983.

¹⁵⁰ Lei de 11 de janeiro de 1984. Continua em vigência com alterações, sendo a mais recente a Lei 2007-148 de 02 de fevereiro de 2007. Informação obtida no site: www.legifrance.gouv.fr em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁵¹ Lei 84-594 de 12 de julho de 1984 que complementou a Lei 84-53 de 26 de fevereiro de 1984. Sua última alteração foi promovida pela Lei 2007-209 de 19 de fevereiro de 2007. Informação obtida no site: www.legifrance.gouv.fr em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁵² Service Central de Prévention de la Corruption. Informação obtida no site: www.justice.gouv.fr/scpc em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

O Serviço Central de Prevenção da Corrupção (SCPC) tem a obrigação de anualmente apresentar relatório completo ao Primeiro Ministro, como também apresentar denúncias que podem culminar com a abertura de investigação judicial¹⁵³. Além deste centro vinculado ao Ministério da Justiça, existe uma Comissão para a Transparência Financeira da Vida Política, que recebe as declarações de bens patrimoniais dos servidores públicos, os quais são compelidos a apresentá-las quando assumem função ou cargo públicos.

Apura-se, desta feita, tratar-se de posicionamento evidentemente repressivo e não preventivo, pois ao invés de formar padrões de comportamento desejáveis para o servidor público no exercício da função, resta por prescrever condutas vedadas àqueles que atuam na esfera pública. Tal estrutura normativa se justifica na medida em que preponderou, na França, o paradigma do racionalismo¹⁵⁴, precursor do Positivismo, como já exposto.

Na Inglaterra, a conjuntura normativa se distingue dos demais países europeus dada sua tradição jurídica distinta, pois o sistema *common law* se contrapõe à sistematização jurídica da Europa ocidental continental, e como tal, as atividades da Administração e dos particulares seriam regulamentadas pelo mesmo conjunto normativo, inexistindo, portanto, conjunto de regramento específico ao espaço público ou administrativo. Esta característica deveu-se, principalmente à influência do paradigma filosófico predominante junto aos anglo-saxões – o empirismo. O entendimento acerca da inexistência de direito público e administrativo perdurou até 1982, quando foi proferida a decisão no caso *O'Reilly v. Mackman*¹⁵⁵, reconhecendo expressamente a existência de regras de direito público distintas das do direito privado. Porquanto, o *public law* e o *administrative law* tiveram evolução tardia em relação aos demais países da Europa ocidental continental que se afirmou com a reforma administrativa promovida por Margaret Thatcher, cuja diretriz fundamental foi a privatização,

¹⁵³ CAPUTI. Op. cit., p. 60-61.

¹⁵⁴ VAZ. Op. cit., p. 93-98.

¹⁵⁵ Trata-se de ação judicial movida por presidiários, via processo civil, buscando obter declaração de que as medidas disciplinares adotadas pela autoridade da prisão continham vício formal. No proferimento da decisão, reconheceu-se expressamente a existência de direito público diverso do direito privado. MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 50.

donde derivou a criação de diversos entes destinados a regular/fiscalizar as atividades então repassadas ao setor privado (a quebra de monopólios, os serviços públicos, etc), fazendo surgir as agências reguladoras. Com todas as transformações ocorridas, ficou nítida a existência de setor público e privado distintos, como também a necessidade de regramentos apartados diante das peculiares de cada um. Inobstante, se fez presente a preocupação dos ingleses com a ética, cujo escopo fundamental consiste em ser capaz de transmitir aparência de imparcialidade dos servidores públicos¹⁵⁶, ou seja, se busca “evitar qualquer comportamento que crie a aparência de estar violando a lei ou regulamentos complementares”¹⁵⁷. Ao mesmo tempo, organizou o primeiro Informe da Comissão Nolan¹⁵⁸, estabelecendo normas de conduta para a vida pública, que em citação realizada por María Claudia Caputi, “transcendeu as fronteiras marcando um ponto de referência fundamental para outros países da Europa”¹⁵⁹. O documento estréia arrolando sete princípios essenciais e quatro recomendações, respectivamente:

[...] o desinteresse e a conseqüente assunção do interesse público, a integridade, a objetividade, a responsabilidade, a transparência a honestidade e a capacidade de decisão ou liderança.

[...] a adoção dos sete princípios mencionados; a seguinte se centra na adoção de códigos de conduta; posteriormente se propõe uma eleição do comportamento público a cargo do setor privado e por último, se enfatiza a promoção e vigência das normas de conduta, mediante a constante educação e treinamento dos funcionários.¹⁶⁰

Os demais países da união européia igualmente possuem ordenamentos normativos destinados a garantir a probidade administrativa e a

¹⁵⁶ Para tanto, a doutrina britânica frequentemente cita o caso *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal*, onde fora anulado ato prolatado pelo Lord Canciller concedendo ajuda financeira em razão de que o calciller era acionista da companhia então beneficiada com o ato. CAPUTI, Op. cit., p. 63.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ NOLAN, Lord. Normas de conduta para a vida pública. Trad. Isabel Taveira, Istvan Vajda, Patrícia Zimbres, Theresa Catarina e Vanira Taveira. Brasília: Enap, 1997.

¹⁵⁹ CAPUTI. Op. cit., p. 64.

¹⁶⁰ Idem.

reprimir a corrupção¹⁶¹, que não serão tratados em razão da proposta em apreço.

2.4.2 O modelo estadunidense

O trato com o espaço público e com as normas que o regulam, nos Estados Unidos, inspirou-se no modelo inglês e somente em 1877, no caso *Munn v. Illinois*, onde se admitiu a atuação do Poder Público regulamentando o negócio privado¹⁶². O direito administrativo encontrava-se combinado com a ciência da administração, marcado por tênue relevância. Em 1946 foi promulgada o *Federal Administrative Procedure Act*¹⁶³, contendo pluralidade de assuntos administrativos dos Estados Unidos, inserindo-o, inclusive, ao *administrative law* moderno, tendo como objetivo primordial: a) regulamentar a atuação das *agencies*¹⁶⁴, que haviam proliferado; b) promover o controle da discricionariedade das agências reguladoras; c) criar rol de direitos dos indivíduos diante da sua atuação¹⁶⁵. Tal ordenamento constituiu-se em normativa inovadora à época.

No tocante às questões ligadas a ética governamental, houve grande avanço com a implementação de inúmeros programas que restaram por ser utilizados como modelo para outras legislações, dada sua especificidade. Em que pese a estruturação de *administrative law* ter ocorrido recentemente, a preocupação com a ética pública nasceu juntamente com a Constituição

¹⁶¹ Espanha, Portugal, Alemanha, Holanda, etc.

¹⁶² MEDAUAR. Op. cit., p. 55.

¹⁶³ Ibidem, p. 56.

¹⁶⁴ Entes criados pelo Poder Legislativo com o objetivo de implementar as políticas desejadas, pois se entendia que realizariam seu mister de forma mais adequada, posto serem independentes.

¹⁶⁵ A normativa previa algumas disposições arrojadas, dentre elas, a obrigação de publicação oficial de sua estrutura organizacional, bem como os locais onde poderiam obter informações sobre procedimentos, decisões, fundamentos e métodos para a tomada de decisão, formular pedidos; publicação de projetos de regulamentação proporcionando oportunidade de participação aos interessados; do indeferimento de pedidos será obrigada a notificação do interessado, etc. MEDAUAR. Op. cit., p. 56.

Federal, em 1787, no século XVIII¹⁶⁶. A inquietação é compreensível e se justifica na medida em que no final do século XX havia 16 milhões de pessoas desempenhando funções públicas em nível federal, estadual e municipal. Apesar dos inúmeros entes destinados a impulsionar a ética pública, o organismo que se destaca, sem dúvida é o OGE (Office of Government Ethics), criado em 1978 em virtude de lei, denominada Ethics in Government Act (EGA)¹⁶⁷ ou Lei da Ética no Governo, a qual foi modificada em 1989 quando o ente assumiu posição elevada na estrutura da administração federal¹⁶⁸. A OGE goza de prestígio e dilatada competência, com seis áreas de atuação¹⁶⁹: a) exercício de potestades regulatórias; b) monitoramento de programas de ética nas repartições e departamentos integrantes da esfera pública; c) revisão das declarações patrimoniais que não sejam confidenciais; d) formação e treinamento de pessoal disseminando os referenciais éticos; e) elaboração de pareceres e assessoramento sobre interpretação de normativas relacionadas à ética; f) avaliação da efetividade das práticas adotadas e propositura de alterações necessárias visando concretizar seus objetivos.

O programa de ética da OGE se assenta sob quatorze princípios gerais que apontam a direção a ser tomada por aqueles que ocupam cargos públicos, aos quais é vedado usar o cargo para obter vantagens pessoais, devem agir com imparcialidade, entre outros. María Claudia Caputi os cita em sua obra:

- a) O serviço público e do patrimônio público, para o qual se exige lealdade ao ordenamento jurídico e os princípios éticos, por sobre o benefício pessoal.
- b) Os empregados (termo que alude, assim mesmo, aos

¹⁶⁶ Fora incluída uma cláusula no art. 1º, proibindo a toda pessoa que ocupasse cargo público aceitar regalias, presentes, gentilezas ou títulos de qualquer natureza exceto com a devida autorização do Congresso.

¹⁶⁷ Trata-se da Government Organization and Employees – Título 5 (dividido respectivamente em “The agencies generally, Civil service functions and responsibilities and Employees. O conteúdo integral da lei pode ser obtida através do site www.law.cornell.edu/uscode/5 - acesso realizado em 23 de fevereiro de 2009.

¹⁶⁸ O diretor da entidade é indicado pelo Presidente, com aprovação do Senado para um mandato de cinco anos.

¹⁶⁹ CAPUTI. Op. cit., p. 46.

- funcionários) não devem ter interesses financeiros em conflito com o desempenho consciente de seus deveres.
- c) Os empregados não devem participar em transações financeiras usando informação governamental que não seja pública, nem permitir o uso desta informação em benefício de particulares.
 - d) Salvo as exceções previstas normativamente, o empregado não deve solicitar nem aceitar presentes, nem artigos de valor, de quem busque uma ação oficial da repartição na qual este trabalhe, ou que afetem seus atos ou omissões.
 - e) Os empregados devem cumprir as tarefas empenhando-se em fazer um esforço honesto.
 - f) Sem autorização, os empregados não devem estabelecer compromissos nem fazer promessas de nenhum tipo que liguem ao governo.
 - g) Os empregados não devem usar um cargo público para obter um crédito particular.
 - h) Os empregados devem atuar imparcialmente e não dar tratamento preferencial a alguma organização privada nem a indivíduos.
 - i) A propriedade federal deve ser protegida e conservada, e não deve ser usada para atividades alheias às autorizadas.
 - j) Os empregados não devem desempenhar atividades fora do cargo, nem buscar ou negociar empregos que estejam em conflito com seus deveres e responsabilidades públicas.
 - k) Os empregados devem denunciar qualquer dilapidação, fraude, abuso e corrupção às autoridades correspondentes.
 - l) Os empregados devem cumprir, de boa-fé, seus deveres como cidadãos, inclusive todas suas obrigações financeiras justas, especialmente as impostas pela lei, como os impostos federais, estatais ou locais.
 - m) Os empregados devem observar a normativa que reconhece igualdade de oportunidade aos cidadãos, seja qual for a raça, a cor, a religião, o sexo, a origem nacional, a idade ou o impedimento.
 - n) Os empregados devem esforçar-se para evitar quaisquer ações pelas quais se dê a aparência de que estejam transgredindo as leis ou as normas de ética estipuladas.¹⁷⁰

De acordo com o informe bianual da OGE¹⁷¹, a declaração de bens patrimoniais constitui-se em exigência direcionada aos sujeitos ligados a atividade pública, inclusive lobistas, partidos políticos e pessoas indicadas pelo Presidente que dependam da anuência do Senado, candidatos ao Congresso, Presidente e Vice-Presidente. Trata-se de instrumento que tem se mostrado

¹⁷⁰ Ibidem. p. 48-49.

¹⁷¹ Informações retiradas do site www.usoge.gov, acesso ocorrido no dia 23 de fevereiro de 2009. Trata-se de Informe elaborado bianualmente pelo Office of Government Ethics.

eficaz no monitoramento e prevenção à corrupção no setor público, até porque, existem diversas leis penais destinadas a regular este assunto¹⁷².

Outros textos legais dedicados a promover a transparência da Administração foram produzidos e incorporados ao sistema normativo estadunidense, dos quais merecem destaque: The Freedom of Information Act (1967) e Foreign Corrupt Practices Act (1977), destinada ao setor privado¹⁷³ buscando prevenir/reprimir o suborno. Esta diretiva também foi adotada pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) através da Convenção para o Combate do Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais. Mais um regulamento de relevantes méritos merece destaque: trata-se do Government in the Sunshine Act, o qual visa assegurar maior transparência para Administração. Paralelamente aos diversos ordenamentos produzidos, ressalta-se a existência de instrumentos colocados à disposição do cidadão para iniciar ações buscando o controle administrativo, como denúncias, reclamações e outros.

Assim, inobstante o desenvolvimento do *administrative law* ter sido extemporâneo em relação à Europa Ocidental continental, deveras inspirado pelo paradigma filosófico do racionalismo, que deu origem ao utilitarismo, corrente filosófica em vigor nos Estados Unidos, também seguiu a esteira do direito anglo-saxão, mantendo-se silente em relação a existência da dicotomia público-privado. Contudo, tal como na Inglaterra, os Estados Unidos inquietaram-se diante do tema ético e produziram multiplicidade de ordenamentos jurídicos com a finalidade de constituírem-se em orientadores de condutas para os ocupantes de cargos públicos.

¹⁷² Para os ocupantes de cargos públicos de altas hierarquias, foi criada a figura do *independent counsel*, uma espécie de fiscal que atua na instrução das causas criminais visando assegurar a independência do promotor da causa penal. A indicação deste “fiscal” seria precedida de procedimento especial. CAPUTI. Op. cit., p. 52.

¹⁷³ Esta lei impõe sanções penais e administrativas às empresas e seus diretores, quando realizam pagamentos a empregados visando obter algum benefício, com aplicação de multas elevadas pela práticas destes atos.

2.4.3 A América Latina - a Argentina

A Argentina passou por diversas transformações, muitas delas derivadas da reforma constitucional ocorrida em 1994, quando foram incorporados novos direitos e garantias constitucionais, sem, contudo, terem sido incluídas “cláusulas éticas”. Mas, foi arrolado o enriquecimento ilícito como situação de “atentado ao sistema democrático”, ou seja, crime contra o Estado, deixando a disciplina ao cargo de lei federal¹⁷⁴. Sem embargo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a ética pública goza de morada constitucional especificamente no art. 36 da Constituição da Nacional Argentina¹⁷⁵. No plano normativo infraconstitucional, havia a Lei 22.140 de 25/01/1980 que dispondia sobre o Regime Jurídico Básico da Função Pública¹⁷⁶, estabelecia obrigações de condutas aos ocupantes de funções públicas, a qual foi substituída pela Lei 25.164 de 08/09/1999¹⁷⁷, constituindo-se no atual marco de regulação do Empregado Público Nacional, cujas disposições, no dizer de María Claudia Caputi:

[...] tendem a garantir o comportamento ético de um amplo espectro de servidores públicos, são realmente insuficientes, dada a situação atual. Com efeito, a reforma constitucional de 1994 deixa inevitavelmente a impressão de que algo faltava por fazer, de que o Congresso devia encarar a

¹⁷⁴ CAPUTI. Op. cit., p. 11-12.

¹⁷⁵ Art. 36.- Esta Constituição manterá seu império ainda quando se interromper sua observância por atos de força contra a ordem institucional e ao sistema democrático. Estes atos serão insanavelmente nulos. Seus autores serão passíveis de sanção prevista no artigo 29, inabilitados a perpetuidade para ocupar cargos públicos e excluídos dos benefícios do indulto e comutação de penas. Terão as mesmas sanções quem, como consequência destes atos, usurparem funções previstas para as autoridades desta Constituição ou das províncias, os que responderão civil e penalmente por seus atos. As ações respectivas serão imprescritíveis. Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra aqueles que executem atos de força enunciados neste artigo. Atentará assim mesmo contra o sistema democrático quem incorrer em grave delito doloso contra o Estado que obtenha enriquecimento, restando inabilitado pelo tempo que as leis determinem para ocupar cargos ou empregos públicos. O Congresso sancionará uma lei sobre ética pública para o exercício da função.

¹⁷⁶ Texto integral legal pode ser consultado no site www.hcdn.gov.ar, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁷⁷ Texto integral legal pode ser consultado no site www.hcdn.gov.ar, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

responsabilidade que lhe corresponde no desenho de um sistema orgânico e eficiente para lograr maior transparência e menor corrupção no setor público: estão estas e outras disposições dispersas de constituir um verdadeiro “código de ética” para funcionários, de maneira como aprovado pelo decreto 41/99....¹⁷⁸

A Lei de Ética para o Exercício da Função Pública¹⁷⁹ concretizou o prescrito no art. 36 da Constituição Argentina, estabelecendo minuciosamente as obrigações e proibições visando garantir a probidade administrativa. Atualmente existe anteprojeto de lei proposto pela Oficina Anti-corrupção visando regulamentar o art. 18 do referido texto legal, estabelecendo normativa acerca de obséquios a funcionários públicos¹⁸⁰. Oportuno acrescentar que a Lei 25.188/99 pretendeu dar maior nitidez à linha tênue que separava o que era permitido do que era vedado ao setor público, buscando impedir dúvidas quando do exercício da função pública, “...indispensável para qualquer programa mediante o qual se pretenda gerar uma tomada de consciência ou treinar o pessoal sobre ditos estandartes de conduta”¹⁸¹.

Um ponto de convergência entre os autores argentinos quando da análise da reformas implementadas naquele país pela Constituição e por normativas infraconstitucionais (em especial a LEFP) refere-se à participação popular como instrumento necessário ao desenvolvimento da ética pública e ao conseqüente combate da corrupção. Para tanto, remédios jurídicos específicos postos à disposição da sociedade se mostram aptos e eficientes a auxiliar e efetivar este controle da ética pública ou, no mínimo, da probidade administrativa.

¹⁷⁸ CAPUTI. Op. cit., p. 14.

¹⁷⁹ Lei 25.188 publicada em 01 de novembro de 1999. Texto integral da lei pode ser obtido no site: www.diputados.gov.ar, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁰ O texto integral do ante-projeto pode ser obtido no site: www.anticorrupcion.gov.ar/centrodoc. Acesso realizado em 23/02/09.

¹⁸¹ CAPUTI, María C. Op. cit., p. 15.

2.4.4 Visão panorâmica de outros países

a) Espanha

Na Espanha existe previsão constitucional, inserida nos artigos 98, inciso 4¹⁸², que prevê a criação lei específica referente ao “Estatuto e incompatibilidades de los miembros del gobierno”, combinado com o art. 103, inciso 1¹⁸³ do mesmo diploma. A regulamentação do dispositivo constitucional se consolidou através da Lei 5/2006¹⁸⁴, que disciplinou os conflitos de interesses dos membros do Governo e dos altos cargos da Administração Geral do Estado, além de estabelecer rol de incompatibilidades, direitos e garantias inerentes ao exercício da função, entre outros. Medidas mais contundentes já haviam sido tomadas pelo Governo espanhol visando minimizar os problemas relacionados à corrupção, podendo ser citados a criação de uma fiscalização especial contra a corrupção, instituída pela Lei 10/1995¹⁸⁵, cujas atribuições fundamentais versam especificamente sobre a prevenção e repressão de delitos ligados à corrupção (lei anti-corrupção).

b) Uruguai

Caso semelhante ocorre no Uruguai, onde a ética pública encontra assento constitucional, no art. 58 e 59¹⁸⁶, trazendo os seguintes dizeres respectivamente:

¹⁸² Constitución Española, artículo 98, 4.:

[La Ley](#) regulará el Estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno.

Informação obtida no site: www.noticias.juridicas.com. Acesso em 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸³ Constitución Española, artículo 103,1:

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Informação obtida através do site: www.noticias.juridicas.com, em acesso realizado no 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁴ O texto integral da Lei 5/2006 de 10 de abril de 2006 pode ser encontrado no site: [site:www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com), em acesso realizado no 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁵ O texto integral da Lei 10/1995 de 24 de abril de 1995 pode ser encontrado no site: [site: www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com), em acesso realizado no 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁶ Constitución de la República del Uruguay. Informações obtidas no site: www.parlamento.gub.uy/constituciones, com acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

Artigo 58.- Os funcionários estão a serviço da Nação e não de uma fração política. Nos lugares e horário de trabalho, resta proibida toda atividade alheia à função, reputando-se ilícita a dirigida a fins de proselitismo de qualquer espécie.

Não poderão constituir-se grupos com fins proselitistas utilizando-se as denominações de repartições públicas ou invocando-se o vínculo que a função determine entre seus integrantes.

Artigo 59.- A lei estabelecerá o Estatuto do Funcionário sobre a base fundamental de que o funcionário existe para a função e não a função para o funcionário. (sem grifo no original)

Verifica-se que o aludido art. 59 referencia constitucionalmente, o norte orientador dos comportamentos desejados daqueles que ocupam cargos públicos. Ademais, em 1998 foi editada uma lei específica (Lei 17.060/98)¹⁸⁷ ditando normas referentes ao uso indevido do poder público – lei anticorrupção.

c) México

O México, de igual forma, traz no texto constitucional prescrições administrativas e penais buscando proteger a probidade administrativa. A magna carta expressa no art. 113 e seguintes¹⁸⁸ a possibilidade de responsabilização por delitos ou faltas relacionados ao exercício da função pública. Além destes dispositivos, a Constituição traz conjunto de valores que irão dirigir o padrão de conduta almejado para aqueles que se encontram no exercício da função pública, qual seja, a legalidade, lealdade, imparcialidade e eficiência¹⁸⁹. A Lei do Serviço Civil¹⁹⁰ e a Lei de Transparência e Acesso à

¹⁸⁷ Ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998. Publicada D.O 08 de enero de 1999. Informações obtidas no site: www.parlamento.gub.uy/leys, com acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada no D.O de 05 de fevereiro de 1917. Informações obtidas no site: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁸⁹ CAPUTI. Op. cit.

¹⁹⁰ Ley del Servicio Civil – DO 10/10/89, reformado pelo Decreto 230 de 25/08/06, traz, no art. 53, rol de obrigações a serem cumpridas por aquele que desempenha uma função pública,

Informação Pública¹⁹¹ constituem-se em instrumentos a serem citados como mecanismos destinados ao controle ético, até que a pretendida lei federal de luta contra a corrupção seja aprovada.

Diante das informações colacionadas, observa-se que países com tradições jurídicas e filosóficas distintas, compartilhando a mesma preocupação com a questão da ética pública, restaram por editar número elevado de preceitos com núcleo comum: salvaguardar a probidade administrativa. No entanto, os instrumentos destinados a esta finalidade, em sua maioria, são de caráter repressivo - mecanismos de combate à corrupção. O aspecto preventivo, em regra, ordena contornos de condutas corriqueiras, genéricas e um tanto abstratas, as quais podem provocar dúvidas no campo concreto de atuação.

dentre eles, respeitar o ordenamento jurídico vigente. Informações obtidas no site: www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

¹⁹¹ Ley de 8 de mayo de 2003, com objetivo de dar transparência ao exercício da função pública. Informações obtidas no site: www.sedeco.df.gob.mx/actividades/informes/ley_transparencia, em acesso realizado no dia 23 de fevereiro de 2009.

Parte 3 - A CRISE INSTAURADA

3.1 Mutações e desdobramentos

Segundo Zygmunt Bauman, o mundo está passando por transformações sem precedentes – da fase ‘sólida’ para a ‘líquida-moderna’. O período é de pouca estabilidade. Nada mais permanece – não há tempo para consolidação, o envelhecimento ocorre antes mesmo das estratégias terem sido apreendidas, pois tudo é muito fluido, a vida é precária, as estratégias existenciais são de curto prazo e reservadas a um projeto de vida voltado à individualidade. As profundas transformações ocorridas recentemente na ordem das coisas, desdobram seus efeitos e repercutem em diversas direções¹⁹².

A reforma administrativa do Estado provocou inúmeras alterações, dentre as quais, os limites entre o que estava assentado como público e privado restaram profundamente modificados face a ductibilidade dos conteúdos, característica da contemporaneidade. A crise afeta a relação de confiança entre cidadão e Estado.

O Estado, antes visto como agente que detinha os recursos necessários para impor normas destinadas a regular o rumo das coisas dentro de determinado território, sofre alterações consideráveis: a política global baseada no poder soberano dos Estados, ainda que divididos em blocos antagônicos, que tinham como meta a soberania, sucumbe diante da era das incertezas. Ocorre a separação entre política e poder, onde este último, disponível ao Estado moderno, migra para a direção do espaço global e até extraterritorial, “politicamente descontrolado, enquanto a política – a capacidade de decidir a direção e o objetivo de uma ação torna-se incapaz de operar efetivamente na dimensão planetária, já que permanece local”¹⁹³. Corolário, a falta de controle político gera profunda incerteza, enquanto a falta de poder torna as instituições políticas existentes túbias em relação aos problemas dos cidadãos, encorajando o Estado a repassar para a iniciativa

¹⁹² BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. (trad. Carlos Alberto Medeiros) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 08.

¹⁹³ Ibidem.

privada volume considerável de funções estatais. O sentimento de desconfiança é generalizado, primeiro porque o Estado não conseguiu cumprir as promessas da modernidade e, segundo, pois diante da pluralidade e complexidade contemporânea, não dá conta de promover a justiça social.

Outra alteração importante trazida pelos tempos líquidos refere-se à retração da segurança da ação coletiva – a dimensão da ‘comunidade’ como forma de referência à totalidade da população que habita o território soberano do Estado diluiu-se diante da fragilidade dos laços intersubjetivos que antes serviam de sustentáculo para balizar o sacrifício de interesses individuais; até porque, a “exposição dos indivíduos aos caprichos dos mercados de mão-de-obra e de mercadoria inspira e promove a divisão e não a unidade”¹⁹⁴.

Assim, torna-se cogente desconstruir para re-construir, sob pena de repetição do passado, uma vez que as mudanças repercutem no entendimento de conceitos bem sedimentados, trazidos por outras épocas – épocas de certeza e neutralidade, onde as diferentes ciências não dialogavam, confinando-se no seu absoluto saber. Há que se edificar outro tempo com novos conceitos, construir um ponto entre o momento inicial e as novas possibilidades (factibilidade) as potencialidades daquilo que não é, mas que pode vir a ser.

3.2 Transformações do Estado contemporâneo e repercussões

Questões ligadas ao tema Estado suscitam variadas opiniões e inúmeros conceitos – alguns contrapostos, outros convergentes. A despeito da existência de diversas percepções e definições, a unanimidade se assenta na impossibilidade de tratamento singelo, clássico e unilinear sobre o tema. Não se pretende realizar estudo aprofundado sobre a historicidade do Estado e seu respectivo desenvolvimento, mas assegurar que houve mudanças¹⁹⁵, as quais,

¹⁹⁴ Ibidem, p. 09.

¹⁹⁵ De modo muito sucinto, o Estado, até o início do século XIX, mostrava-se soberano, tendo poder centralizado, possuidor de faculdades e prerrogativas de domínio. Durante o transcorrer do século XIX, emerge o homem autônomo e livre, consagrando-se liberdades e garantias. O sistema jurídico é unificado. Na economia, vigora, de maneira irrestrita, o

independentemente da acepção assumida, provocaram diversas repercussões nas instituições públicas.

Se houvesse possibilidade de reduzir a uma única palavra as mutações ocorridas nos últimos vinte anos, que precederam a origem do Estado contemporâneo, indubitavelmente a expressão seria ‘globalização’¹⁹⁶ – a cicatriz indisfarçável da contemporaneidade. Na década de 80¹⁹⁷, o termo significou para os grandes industriais ter consciência de interesses comuns e cooperação mútua, ainda que fazendo surgir conseqüências sociais desastrosas – já que os ricos estavam mais ricos e os pobres mais pobres¹⁹⁸. O objetivo era criar e/ou aumentar a zona de exclusão em todas as dimensões

princípio da livre iniciativa. O poder pessoal do soberano cede ao poder legal. No fim do século XIX, e início do século XX, o Estado se altera, os sindicatos adquirem força, surgem leis de proteção social, organizam-se os partidos políticos modernos, a extensão do sufrágio é alargado. Após a 2ª. Guerra Mundial aparece outro estilo de atuar do Estado, que assume postura intervencionista, inclusive na atividade econômica, além de promover o auxílio ao indivíduo, especialmente no aspecto social. Este modelo entra em crise e é substituído: a característica marcante é a fragmentação do poder político e conseqüente dispersão, o declínio da autoridade estatal, diante da influência de grupos e associações na tomada de decisão. A economia e seus valores assumem nova conformação e o Estado cede espaço à iniciativa privada. Surge o Estado regulador ou também denominado subsidiário, constituindo a feição do Estado Contemporâneo.

¹⁹⁶ Também denominada de mundialização, transnacionalização, planetarização, entre outras. Há a preferência pelo uso do termo globalização ao invés de mundialização em razão da mensagem ideológica que o termo mundialização carrega, já que o globo não dá a dimensão exata do mundo (inglês e francês), lembrando ainda que globalização pressupõem a existência de um centro com uma periferia. Abili Lázaro Castro de Lima concebe a globalização “como uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo. A globalização possui várias dimensões. Dentre elas, a dimensão política, social, ambiental e cultural, sendo que centrarei o enfoque na globalização econômica, a qual entendo que é o fio condutor das demais dimensões, bem como por nos permitir desvendar a crise dos Estados nacionais”. LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 152.

¹⁹⁷ Não há uniformidade entre os autores acerca do tempo preciso do nascimento da globalização. A afirmação de Abili Lázaro Castro de Lima expressa “[...] que a fixação de data para manifestação do fenômeno da globalização trata-se de uma conveniência histórica, em face da impossibilidade da sua determinação exata, consoante concebe as lições de Hobsbawm”. LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. FONSECA, R. Op. cit., p. 153.

¹⁹⁸ De acordo com Daisaku Ikeda, o *Homo economicus* é produto de um vetor intrínseco ao capitalismo, onde “quanto mais pura a forma de capitalismo pregada, mais obrigados seremos – em nossa condição de acionistas, administradores e empregados, clientes e consumidores – a buscar o valor prioritário na sociedade globalizada: o valor monetário”. IKEDA, Daisaku. *Competição Humanitária: Nova esperança na história*. Proposta de Paz 2009 enviada à ONU em 26 de janeiro de 2009. Informação obtida através do site: www.sgi.org, em acesso realizado no dia 26 de março de 2009.

humanas¹⁹⁹. Assentindo com esta posição está Paulo Bonavides:

A globalização econômica coloca o capitalismo outra vez na selva. Do estado de natureza ele sairá tão-somente pela artéria da globalização política se esta assumir a feição democrática. A sociedade sem lei, onde, já uma vez, o capitalismo imperou, ao ensejo da chamada revolução Industrial, se reproduz, por analogia, na sociedade global contemporânea, ou seja, com a globalização, conceito tão em voga no vocabulário da economia contemporânea.²⁰⁰

Ocorre que esse fenômeno essencialmente econômico restou por ultrapassar seu limite setorial e fez-se ecoar no campo político, social, jurídico, cultural, enfim, para todos os meandros da sociedade. Há afirmações, inclusive, no sentido de que o modelo econômico que se prestou à proliferação de conceitos ligados à globalização foi o neoliberalismo²⁰¹, apesar de não haver vinculação teórica entre ambos²⁰².

No início da década de 70, quando o Estado de Bem Estar Social entrou em crise provocada pelo desencadeamento de processos inflacionários absurdos, o ideário neoliberal encontrou solo fértil. De fato, diante do colapso generalizado carecendo de solução, a opção foi o modelo neoliberal: manter o Estado forte – para elidir com o poder dos sindicatos - porém túbio em gastos

¹⁹⁹ BAUMAN, Zigmunt. Globalização: consequências humanas. (trad. Marcus Penchel) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neocolonial. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 140.

²⁰¹ Surgido após a II Grande Guerra, em 1944, na Europa e na América do Norte, regiões eminentemente capitalistas, como reação teórica e política ao Estado intervencionista, teve como defensor ferrenho Friedrich Hayek. Seu entendimento fundava-se na concepção de que toda e qualquer limitação de mercado pelo Estado é nociva à liberdade econômica e política[□]. Os fundamentos teóricos de seu preceito preconizavam, inclusive que a igualdade promovida pelo Estado do bem-estar aniquilava com o espírito de concorrência e com a liberdade do cidadão, interferindo no processo de prosperidade geral. ANDERSON, Perry. Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 9.

²⁰² Paulo Bonavides entende que o neoliberalismo não objetiva a globalização política, possuindo metas disfarçada, “..deixa o tema submerso no esquecimento e omissão.[...] Mas ela – a globalização oculta, invisível e dissimulada do neoliberalismo – também já se pôs em marcha, de forma indireta, silenciosamente, subrepticiamente, empurrada pelas forças do próprio capitalismo, de uma mídia internacional, de seus teóricos neoliberais, que constroem a doutrina da decadência e abolição dos conceitos clássicos de Estado, Nação e Soberania. BONAVIDES, Do País Constitucional..., Op. cit., p. 141.

sociais e nas intervenções econômicas. O objetivo primordial era a estabilidade econômica, através da disciplina orçamentária, contendo gastos com bem-estar e restaurando a taxa “(des) natural” de desemprego, condição indispensável para dinamizar a economia mundial, segundo a proposta teórica.

Destarte, no final da década de 70 e início da 80, diversos países implementaram a reforma do Estado baseados no modelo neoliberal²⁰³. O protótipo inglês, norteador do processo de reforma do estado na Europa, se pautou por contrair a emissão de moeda, elevar as taxas de juros, baixar os tributos sobre altos rendimentos, criar níveis de desemprego massivos, cortar gastos sociais, impor legislação anti-sindical com o objetivo de reduzir sua atuação, sem esquecer do programa de privatização desencadeado em diversos segmentos. Os países que relutaram em aderir ao modelo neoliberal²⁰⁴ foram compelidos pelos mercados financeiros a se adaptar ao novo paradigma. Aliás, a veloz disseminação do ideário assentou-se no fundamento de constituir-se como *proposta-salvadora* – a única alternativa viável para a sobrevivência dos estados modernos, ainda que às custas de muitos sacrifícios dos cidadãos.

O balanço do movimento neoliberal é, no mínimo, assustador: se por um lado, socialmente obteve vitória concreta através da proliferação da desigualdade e do aumento da taxa de desemprego²⁰⁵, por outro, economicamente, amargou a derrota inesperada, pois, mesmo com a recuperação dos lucros, não alcançou a revitalização do capitalismo avançado²⁰⁶, como era a pretensão inicial.

Como consequência do neoliberalismo associado à globalização, principia-se o definhamento do Estado-nação, que perde forças perante a

²⁰³ Em 1979, na Inglaterra, com o governo Margareth Thatcher; nos Estados Unidos em 1980, com a eleição de Ronald Reagan; em 1982 Helmut Kohl na Alemanha. In ANDERSON. Op.cit., p. 10.

²⁰⁴ Países como a França, Espanha, Grécia, Portugal, entre outros, localizados ao sul da Europa, região originalmente mais conservadora, neste período conduziram ao poder governos de esquerda voltados para a social-democracia. Contudo, este projeto fracassou ante pressões mercadológicas.

²⁰⁵ O modelo neoliberal prega o crescimento das taxas de desemprego como meio necessário para a manutenção eficiente do “equilíbrio” econômico-financeiro das nações, com vistas a reanimação do capitalismo avançado mundial. ANDERSON, Op.cit., p.25

²⁰⁶ Op.cit., p.21/23.

organização de empresas supranacionais, as quais têm como objetivo precípua (e quiçá exclusivo) aumentar os lucros²⁰⁷, causando mazelas no plano político-jurídico²⁰⁸. Insta observar o antagonismo advindo deste movimento: enquanto as empresas assumem a condição supranacional e internacionalizam o mercado, suas conseqüências nocivas permanecem locais ou nacionais – desemprego, exclusão, precariedade, entre outros²⁰⁹. A globalização vive de Estados fracos, eis que a fragmentação política viabiliza sua própria implementação. Carmem Lúcia corrobora tal assertiva afirmando:

O surgimento do movimento denominado neoliberalismo econômico e político (em verdade, cuida-se de um “neoconservadorismo”) e o capitalismo enfatizam a cobiça, que coloca o interesse particular e material como um motor alevantador de meios para a criação da riqueza, único valor a ser considerar naquela concepção²¹⁰.

Se antes a política produzia uma imagem da totalidade – ordem global das coisas, representada pela formação de dois blocos antagônicos de poder (nada fugia ao controle destes dois blocos), cujo conceito de ordem implicava em ‘estar no controle’, presentemente, constata-se a desordem mundial, um

²⁰⁷ Dentre as diversas conseqüências da globalização cabe citar a submissão do Estado-nação às forças econômicas, a participação do Estado em organizações internacionais (OEA, ONU, etc), a internacionalização do direito que se torna permeável pro tratados e convenções internacionais, ascensão crescente do mercado fundamentando a tomada de decisão pelos governantes, a redução do espaço do político, déficit democrático, entre outras.

²⁰⁸ Conforme afirmação de Abili Lázaro Castro de Lima: “mazelas políticas, podemos vislumbrar que o espaço público está se esvaecendo na medida em que as decisões transcendem o âmbito do estado, máxime quando definidas pelas empresas transnacionais e organismos internacionais, implicando o enfraquecimento do poder local (Estado-nação) e produzindo apatia política, [...]”. Quanto às mazelas jurídicas, o mesmo autor cita “[...] tendo em vista a diminuição do papel do Estado e, conseqüentemente, da esfera pública, a qual cada vez mais perde importância em face do poder detido pelas empresas transnacionais e pelas organizações internacionais, a globalização econômica contribui para o esvanecimento dos direitos políticos [...]”. LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. FONSECA, op. cit. p. 158-159.

²⁰⁹ Advertência realizada por Gilberto Dupas face as conseqüências derivadas da redução do Estado. DUPAS, Gilberto. Tensões contemporâneas entre o público e o privado. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

²¹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte : Del Rey, 1994, p. 175.

campo de forças díspares onde ninguém e, ao mesmo tempo alguns, estão no controle.

Depara-se com o Estado impotente - o Estado pode tudo desde que não toque na economia sob pena de punição dos mercados mundiais, mesmo porque é objetivo dos Estados manter o orçamento equilibrado, quer por opção ou imposição de organismos internacionais ou supranacionais²¹¹. Quem está fora deve promover mudanças para adaptar-se economicamente às estratégias das multinacionais, que exigem a desregulamentação²¹², a flexibilização das relações de trabalho e a liberalização.

As densas modificações ocorridas no final do milênio conduziram o trânsito do Estado de Bem Estar Social ao Estado mínimo; afinal, o mundo havia mudado, não só na esfera política e econômica, mas também na cultura e tecnologia. Segundo o sociólogo espanhol Manuel Castells:

Um novo mundo está se formando neste final de milênio. Ele se origina na coincidência histórica, em torno do final dos anos 60 e meados dos 70, de três processos independentes, a revolução da tecnologia da informação, a crise econômica tanto do capitalismo quanto do estatismo e suas subsequentes reestruturações; e o surgimento de movimentos culturais e sociais, tais como a doutrina do livre-arbítrio, os direitos humanos, o feminismo e o ambientalismo [...] as interações entre esses processos e as reações que eles provocaram fizeram surgir uma nova e dominante estrutura social, a sociedade de rede [...] e a nova economia global da informação bem como uma nova cultura²¹³.

Com este espectro ao fundo, de mundialização do capital e conseqüente crise do Estado-nação, a reforma administrativa brasileira foi

²¹¹ Como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

²¹² Comentando sobre a desregulamentação, Daisaku Ikeda, assevera que: “Sustentado pela desregulamentação e a inovação tecnológica, o processo de globalização sofre um contragolpe na forma de recessão globalizada. Ficou evidente que foi maldepositada a fé na competição e nos mercados livres para resolver todos os problemas. Nada no mundo é pré-ordenado de forma tão simplória. O sistema financeiro mundial requer estrutura regulamentadora”. IKEDA, Daisaku. Competição Humanitária: Nova esperança na história. Proposta de Paz 2009 enviada à ONU em 26 de janeiro de 2009.

²¹³ Apud HENDERSON, Hazel. Além da Globalização. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 52.

introduzida sob argumentos de que o estado-gigante não suportaria as pressões financeiras e mercadológicas desencadeadas pela globalização emergente. Corolário, constituía-se em medida imperiosa e premente para adequação e modernização da Administração Pública necessária a política internacional. Diante das pressões, o país abriu-se para o capital estrangeiro: a entrada de recursos internacionais, na última metade da década de 90, atingiu percentuais nunca vistos pelo Brasil²¹⁴. Com a minimização do Estado²¹⁵, atividades que antes eram desenvolvidas pelo Estado foram transferidas à iniciativa privada. A desestatização ou as privatizações realizadas por meio do instituto das concessões, a quebra de monopólios públicos, a viabilização das parcerias público-privadas e a larga atuação no terceiro setor consolidaram-se²¹⁶ como nova esfera da economia²¹⁷.

Há que se lembrar, no entanto, que “a globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios”²¹⁸.

A despeito de tal cenário, mesmo diante das variantes ocorridas, o fundamento justificante da existência do Estado permanece idêntico, apesar

²¹⁴ Patrícia Almeida Ashley indica que houve crescimento de 196,25% em relação aos anos anteriores. ASHLEY, Patrícia Almeida. Ética e Responsabilidade Social nos Negócios. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 04.

²¹⁵ A minimização do Estado brasileiro foi impulsionada pelo movimento de privatizações e concessões de serviços públicos à iniciativa privada, que por vezes lançaram mão de dinheiro público, através de financiamentos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDS, conforme previa o Plano Nacional de Desestatização – PND, alicerçado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

²¹⁶ O novo modelo de terceiro setor não se restringe apenas a abrigar associações sem fins lucrativos que objetivem o assistencialismo ou a filantropia, constituindo-se no setor que mais cresceu e mais movimentou recursos e mais empregou na economia norte-americana nos últimos vinte anos. ASHLEY. Op.cit., p.12.

²¹⁷ Pesquisa realizada pela Universidade Johns Hopkins mostrou que o terceiro setor está em expansão: em oito países – EUA, Suécia, França, Alemanha, Hungria, Japão, Grã-Bretanha e Itália – o Terceiro Setor responde por 4,5% da ocupação de mão-de-obra. No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional por amostragem de Domicílios (PNAD) realizada em 1995, o número de trabalhadores remunerados no setor cresceu 44,38% entre 1991 e 1995, que corresponde a mais de 600 mil pessoas, não olvidando acrescentar o grande número de pessoas que atuam como voluntários, que importam em mais de 1,2 milhões de pessoas. ASHLEY. Op.cit., p.25.

²¹⁸ BONAVIDES, Do País Constitucional ..., Op. cit., p. 139.

das diversas tentativas em altera-lo; ou seja, existe para satisfazer, da melhor forma, as necessidades do grupo social que o constitui²¹⁹, cujos poderes são limitados pelo ordenamento jurídico.

3.3 Reflexões sobre a dicotomia público-privado

As profundas e recentes mutações do mundo globalizado se espalharam e seus efeitos repercutem no exato limite alcançado pela mão humana. Destarte, torna-se praticamente impossível não visitar o domicílio da dicotomia público-privado e observar os estigmas derivados das transformações em andamento, até porque, a travessia²²⁰ permanece em curso, posto que o contemporâneo clama pela passagem do indivíduo ao sujeito e do sujeito ao cidadão.

Discorrer sobre o tema não implicará em tratar do desenvolvimento histórico da dicotomia ou de seus marcos distintivos, mas informar que o manuseio de critérios rígidos e fronteiras fixas entre ambos constitui-se tarefa a ser desempenhada com todas as cautelas devidas, sob pena de cometimento de atrocidades.

É o entendimento de Celso Lafer que:

[...] no exame desta dicotomia, que tem uma função heurística indiscutível na epistemologia jurídica, importa mencionar que existem duas acepções básicas a partir das quais se estruturam as relações de oposição entre os dois termos: na primeira, público é o que afeta todos ou a maioria, sendo portanto, o *comum*, que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos; na segunda, público é o que é *acessível a todos*, em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal²²¹

²¹⁹ CAPUTTI, Op. cit., p. 1

²²⁰ Luiz Edson Fachin utiliza o termo “trânsito” para designar a passagem ou travessia que a teoria crítica se propõe realizar, construindo um modo diverso de ver o Direito. FACHIN, Op. cit.

²²¹ LAFER, Celso. A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo : 1988, p. 243.

Para Odete Medauar, a dicotomia público-privado se dá em razão da pseudo idéia de separação entre Estado e sociedade, cujos efeitos foram propalados no sistema jurídico causando a mencionada divisão²²². Explana Luiz Edson Fachin que a separação ou divisão promovida em duas posições aparentemente contrapostas, restaram por organizar o próprio sistema jurídico, cujo encontra-se apoiado em alguns indicadores-marco²²³ ou critérios, como por exemplo a qualidade do sujeito²²⁴ ou natureza da relação²²⁵. Diversos autores²²⁶ reconhecem, contudo, as dificuldades em traçar uma linha divisória situando, com precisão, as fronteiras entre público e privado, cuja divisão é utilizada mais para fins didáticos do que propriamente devido à existência de *ratio* fundante do mencionado afastamento.

Nelson Saldanha apresenta a problemática de demarcação entre público e privado através de uma metáfora – o jardim e a praça²²⁷. Estas duas dimensões coexistem lado a lado, todavia, a definição precisa de seus limites continua uma incógnita. A preocupação com a divisão entre público-privado

²²² MEDAUAR. Op. cit., p. 115.

²²³ Ana Cláudia Finger aponta quatro principais critérios de divisão entre o público e o privado: a) do interesse dominante; b) natureza dos sujeitos; c) natureza da relação; d) finalidade ou função do direito. FINGER, Ana Cláudia. "O Público e o privado na administração pública". GUIMARÃES, Edgar. Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2004, p. 63-69.

²²⁴ Segundo o autor, quando o envolvimento ocorresse entre particulares, a relação estabelecida seria de Direito Privado; todavia, se num dos pólos da relação jurídica figurassem pessoas consideradas entes públicos, o vínculo estabelecido sujeitar-se-ia ao Direito Público. FACHIN. Op. cit., p. 143.

²²⁵ Relações jurídicas de subordinação (supremacia de uma parte sobre a outra) estariam vinculadas ao Direito Público; relações de coordenação entre as partes dizem respeito ao Direito Privado. FACHIN. Op. cit., p. 142.

²²⁶ Comungam desta opinião, em nível nacional, Celso Antônio Bandeira de Melo, Romeu Felipe Bacellar Filho, Odete Medauar, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ana Cláudia Finger, Emerson Gabardo, Luis Edson Fachin, Alexandre Pasqualini, entre outros. No plano internacional, Maria João Estorninho.

²²⁷ De maneira resumida, a casa representa o privado do homem (sua intimidade) e a praça, o público. No entanto, saindo da casa em direção à praça, necessariamente, há que se ultrapassar o jardim, o qual constitui zona cinzenta ou um sombreamento marcado pela imprecisão conceitual, pois não é a casa e não é a praça, mas conduz o privado ao público. SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

não é recente. Em 1997, no VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito o tema teve a seguinte tratativa:

Impõe-se, finalmente, uma nítida separação conceitual, no plano interpretativo, entre os valores sociais e os valores econômicos que presidem o ordenamento; entre a pessoa jurídica e a pessoa humana; entre a lógica de mercado e a lógica existencial, concernente ao cidadão, para o qual há de se voltar, em última análise, toda ordem jurídica contemporânea²²⁸.

Portanto, a separação em apreço está sustentada em determinados pilares, os quais merecem atenção e reflexão crítica, e, porque não dizer, reclamam reformulação ante a superposição de espaços público e privado verificada em concreto, como se verá a seguir. De sorte que se torna uma aventura arriscada tentar vencer as dificuldades próprias ao estabelecimento de limites seguros entre o público e o privado, especialmente na contemporaneidade fluida e etérea, onde o clássico não encontra guarida, não porque não se pretenda conceder-lhe abrigo, mas, em razão de que o modelo tradicional não mais dá conta das realidades sociais vivenciadas.

Conquanto a empreitada seja instigadora, não serão articulados significados com o intuito de se estabelecer definições estanques, pois, para tal procedimento, seria necessário, preambularmente, perscrutar alguns impasses²²⁹. Pretende-se, todavia, “perder-se” nas implicações derivadas da mescla havida entre público e privado, pois, há que “encontrar-se na medida que se perde”²³⁰.

Se por um lado a esfera pública foi invadida pelo privado, com o repasse de atividades estatais como concessão de serviços públicos, quebra de monopólios, privatizações, entre outras, que por alguns autores foi

²²⁸ VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro : Faculdade de Direito da UERJ, out. 1997.

²²⁹ Impasses advindo de questões cruciais ao tema, como: quais são os limites entre público e privado? Há limites para o estabelecimento de tais fronteiras? Quais são as tendências? Quais são as necessidades do cidadão para o estabelecimentos destes limites?

²³⁰ FACHIN. Op. cit., p. 280.

denominado como ‘privatização do público’, apura-se que o privado igualmente sofreu incursões do público ou a ‘publicização do privado’²³¹, conforme se observará adiante. No presente trabalho, os termos serão utilizados para denotar a sobreposição entre o público e o privado - a invasão do espaço público por valores considerados de natureza privada e vice-versa.

3.3.1 A “Privatização do público”

Poder-se-ia situar o espaço público em qualquer das dimensões que afetam a coletividade; entretanto, será abordada especificamente a administração pública, pois é o escopo do trabalho.

A princípio, importante ressaltar que as transformações ocorridas na estrutura do Estado impactam diretamente no tema em apreço, pois “existe uma inevitável relação entre a forma como se apresenta o Estado e a estruturação da Administração Pública na concretização das suas finalidades”²³².

Sem adentrar ao levantamento minudente das diversas concepções de Estado verificadas na História, mormente por acreditar que esta tarefa já se fez cumprida de maneira ‘en passant’ quando do trato das recentes transformações sobrevindas ao Estado, denota-se que o espaço público foi invadido por conteúdos afetos ao ramo privado, ou como denomina Maria João Estorninho, houve “a fuga para o direito privado”²³³, para demonstrar como o privado apropriou-se do público.

Com efeito, em decorrência da crise evidenciada no Estado Social

²³¹ “Publicização do privado” e “privatização do público” não são concepções uníssonas entre administrativistas. Odete Medauar utiliza a ‘publicização do privado’ para significar a intervenção do Estado em ambientes que abrigavam valores afetos à vida privada. ‘Privatização do público’ no dizer da mesma autora diz respeito ao processo onde grandes organizações e oligopólios privados exercem pressões sobre o Estado para adaptar-se às regras mercadológicas. MEDAUAR. Op. cit., p. 128.

²³² FINGER. “O Público e o privado....”, Op. cit., p. 63-69.

²³³ ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

Burocrático²³⁴ e a disseminação das idéias neoliberais que postulavam a diminuição urgente do Estado, com conseqüente repasse de atividades à iniciativa privada, iniciou-se o movimento mundialmente denominado de reforma administrativa do Estado – uma reação à burocracia tradicional weberiana.

A reforma administrativa gerencial, de base filosófica utilitarista, legitimação pragmática e racionalidade gerencial, originou-se de três movimentos: a) gerencialismo; b) a Escola da Public Choice; c) a teoria do principal-agente. As três correntes assentavam o entendimento de que a flexibilização dos procedimentos e a legitimidade atrelada ao conceito de eficiência poderia concretizar os resultados propostos. Nesta equação, os meios seriam de somenos importância se os fins forem atingidos.

A Escola da Public Choice apresentava postura pragmática visando resultados (utilidade e maximização), a intervenção estatal no mercado é absolutamente repudiada, fundando-se nos seguintes pontos:

1. incremento nos incentivos econômicos ou de mercado para a gerência do setor público
2. constatação do egoísmo do indivíduo que age racionalmente em direção ao próprio interesse
3. visão ativa dos agentes públicos que lutam para ampliar seu círculo de poder a fim de manterem-se nos cargos
4. visão egoísta também dos agentes políticos, que somente buscam a maximização de seus próprios interesses
5. obtenção de satisfação geral através do “jogo de maximização de interesses” no qual da inter-relação de egoísmos, o resultado final é o bem comum²³⁵.

O modelo proposto pela teoria do agente-principal, também assentada na ideologia neoliberal, porém, admitindo a necessidade de controle e intervenção estatal, “busca as relações de sujeição entre o que denomina ‘agente’ que é o instrumento de realização de uma ação e o ‘principal’ cujos

²³⁴ SCHIER, A. Op. cit., p. 41.

²³⁵ CARVALHO, Wagner. “A reforma administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e *accountability*”. Revista do Serviço Público n. 3. Brasília: ENAP, set./dez., 1997, p. 25.

interesses são realizados”²³⁶. Neste paradigma, tanto a regulação como o controle social são preteridos em detrimento da atuação estatal via estabelecimento de procedimentos prévios.

O gerencialismo por resultados adota para o setor público algumas técnicas da administração privada que foram bem sucedidas, realizando a transferência de metodologia sem respeitar a racionalidade própria a esfera pública, bastando que a técnica tivesse obtido resultados satisfatórios. Podem ser citados programas de qualidade total, melhoria de produtos e serviços, eficiente implicação da totalidade da força de trabalho no processo, entre outros²³⁷. Ilustrando tal assertiva, constata-se que o usuário de serviço público foi reduzido à categoria de ‘cliente’ – concessionárias insistem em desenvolver programas de “satisfação de clientes” voltados mais à promoção de marketing e comunicação do que efetivamente satisfazer seus usuários.

O modelo gerencial (ou neotaylorismo) tem como objetivo precípua a busca intermitente por produtividade, sustentando as seguintes características:

1. orientação para clientes e resultados;
2. flexibilidade;
3. competitividade administrada;
4. descentralização;
5. atuação do Estado e não sua ausência completa;
6. adoção de técnicas de administração privada com vistas à efficientização do sistema;
7. estruturas horizontalizadas;
8. instituição das agências reguladoras independentes;
9. relação administrativa firmada por contrato de gestão²³⁸;

De acordo com Emerson Gabardo, no gerencialismo por resultados, também chamado de “modelo-síntese”, ocorre anomalia jurídica, em razão de carecer da realização de um “ajuste pragmático entre as normas e as situações para melhor atingir os objetivos”²³⁹.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Ibidem, p. 51.

²³⁸ Ibidem, p. 47.

²³⁹ Apud GABARDO. Op. cit., p. 51.

Ressalte-se que as críticas realizadas pela doutrina gerencial à burocracia, em essência, não são plausíveis e adequadas à teoria weberiana; sendo, no entanto, cabíveis ao estamento burocrático, que só ocorre em razão da permanência do clientelismo, do fisiologismo e do nepositmo – da falta de ética com a coisa pública²⁴⁰.

No Brasil, mesmo com estréia tardia se comparada à Inglaterra e outros países do bloco europeu, adotou-se o modelo gerencial fundado no sistema empresarial aplicado à Administração Pública, cujo movimento fora denominado como a passagem da administração pública burocrática²⁴¹ à “gerencial”²⁴². As propostas indicavam para a flexibilização de regras que colocavam em movimento a administração pública, com vistas a obter agilidade e eficiência por meio de controle dos resultados²⁴³.

Ora, não podia ser diferente, pois se no âmbito privado as empresas obtiveram êxito alcançando a otimização de resultados e a melhoria do desempenho global, tal experiência, se implementada na Administração Pública, poderia conduzir ao atingimento da qualidade total, desde que houvesse a flexibilização do regime jurídico administrativo. Aliás, fora disseminada propositalmente a idéia de que a burocracia constituía-se um óbice ao alcance dos resultados na Administração Pública, através de discurso disfarçado com vistas ao fortalecimento da ideologia neoliberal, necessária para nutrir a globalização²⁴⁴.

²⁴⁰ Ibidem, p. 35.

²⁴¹ Modelo de administração pública, idealizado por Max Weber, que prevê o desenvolvimento de gestão ajustada em estrutura rígida, composta por vários órgãos, dispostos por cargos, com competências e atribuições fixadas em lei, com exercício de funções oficiais, hierarquizada, instrumentalizado por procedimento documentado destinado a viabilizar seu controle. WEBER, Max. Ensaio de Sociologia Política. Rio de Janeiro: Zatar, 1963.

²⁴² O arquétipo da gestão gerencial, como almejado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, apregoava o controle de resultados com simplificação dos meios de execução de atividades, o fortalecimento da autonomia do administrador, terceirização de atividades de apoio, entre outras medidas. Plano diretor da reforma do aparelho do estado. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995.

²⁴³ Conforme consta expressamente do Plano: “o paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e de descentralização de decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade”. Plano diretor da reforma do aparelho do estado. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Brasília, 1995.

²⁴⁴ Perry Andreson, Emerson Gabardo, Adriana Schier, entre outros autores.

Contudo, trata-se de equívoco teórico inescusável, motivado pela confusão sobrevinda entre o estamento burocrático e a burocracia, que nem de longe se assemelham. Raymundo Faoro cuida de esclarecer as raízes do patrimonialismo e da ‘burocracia’ brasileira, salientando que:

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria ao Estado e à empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar as técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos²⁴⁵.

Desta forma ocorreu o desvirtuamento da teoria burocrática weberiana, cujas “raízes da burocracia brasileira, contrariamente ao modelo legal-burocrático de administração pública, estruturam-se no bojo de um Estado formalmente público, mas materialmente privado”²⁴⁶. Há que se proceder, junto à sociedade brasileira, correção necessária ao conteúdo conceitual, sob pena de se eternizar o estamento social através do cultivo de percepções desnaturadas.

Por conta da implementação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, houve sensível redução do Estado, especialmente no tocante ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade²⁴⁷, que foi substituída pela figura do Estado regulador e fiscalizador²⁴⁸. As maiores transformações ocorreram nas técnicas de direção, na evolução da noção de serviço público, no aparecimento do estado-empresário e na utilização de técnicas mistas,

²⁴⁵ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª. Ed., São Paulo: Globo, 1997, p. 372.

²⁴⁶ GABARDO, Op. cit., p. 34.

²⁴⁷ O cidadão, destinatário das ações do Estado é substituído pela figura do “cidadão-cliente”, que assume a posição de “cliente da administração pública”, aviltando-se, desta feita, a razão de existir do próprio Estado.

²⁴⁸ Para cumprir este papel, são criadas as agências reguladoras, autarquias em regime especial, com a finalidade de regular e fiscalizar as atividades repassadas à iniciativa privada como a ANEEL (1997) a ANATEL (1997), ANVISA (1999), entre as diversas hoje existentes.

notadamente no campo contratual²⁴⁹. Os princípios da empresa privada invadem a esfera pública, se alastrando a idéia de que a empresa privada também pretende a consecução do bem comum, afinal passa a contribuir com a sociedade na medida em que assume determinados papéis no seio da comunidade, realizando ações de responsabilidade social: a empresa privada passa a desenvolver programas e projetos sociais onde o Estado se retirou, na medida em que se aperfeiçoa a contenção de gastos sociais buscando a redução do déficit público. Todavia, Jessé Torres esclarece que:

Na empresa privada, a eficiência é instrumento para perseguição do lucro, o que é legítimo. Na Administração a axiologia é outra. O lucro não é valor justificador das funções públicas. Cabe ao estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana, a paz social, o que já se deduz do Preâmbulo da Constituição de 1988²⁵⁰.

Apesar das tentativas de utilização das técnicas de administração de empresas privadas à Administração Pública, sem atentar para o regime jurídico aplicável ao espaço público, é pertinente a recomendação de que, além da disparidade intransponível entre Estado e a empresa privada²⁵¹, ainda persistem diversas contradições performativas na doutrina, a reclamar solução, já que não existe congruência entre o discurso e a ação prática.

A reforma administrativa brasileira baseou-se na estruturação por setor²⁵², e foi marcada pela definição de objetivos, elaboração de estratégias, estabelecimento de projetos específicos, adoção de metas globais, análise de desempenho, entre outras, buscando o alcance de resultados. Luciano Parejo

²⁴⁹ GOMES, Orlando. "Procedimento Jurídico do Estado Intervencionista". Revista dos Tribunais n. 482, São Paulo: RT, dez., 1975, p. 13.

²⁵⁰ TORRES, J. Op. cit., p. 44.

²⁵¹ São inúmeras as diferenças entre Estado e empresa privada, entre elas o fato do Estado ter heteronomia, atribuição legal e vinculação positiva ao ordenamento jurídico, ao passo que a empresa tem autonomia da vontade, capacidade universal e vinculação negativa ao regramento jurídico. SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed., Malheiros: São Paulo. 2004.

²⁵² A estruturação por quarto setores distintos: núcleo estratégico, atividade exclusivas, de produção de bens e serviços, para o mercado. In GABARDO, op. cit., p. 62

Alfonso adverte sobre a ocorrência do que denominou de “sofisma da administração” para representar a máxima ‘o que é eficaz é justo’, através da equação lógica-formal abaixo:

O eficaz é verdadeiro
 O verdadeiro é justo
 Logo, o eficaz é justo²⁵³

O discurso entusiasmou deveras e de plano: imaginou-se que a administração pública burocrática, tal qual definida por Weber, havia sucumbido ao modelo gerencial. Todavia, passados aproximadamente quinze anos desde a instauração do Plano, apura-se que boa parte das propostas planejadas e ambicionadas não foram implementadas, ainda que algumas tenham sido levadas à cabo, como as privatizações, a quebra de monopólios, o repasse de serviços públicos via instituto da concessão e permissão, que redundaram na chamada “apropriação privada do espaço público”²⁵⁴, no dizer de Ana Cláudia Finger. A esse respeito, anota Weida Zancaner,

com o advento das reformas neoliberais, o Estado inverteu a ordem do direito posto e da ideologia política juridicizada na Lei Maior, possibilitando que empresas privadas pudessem prestar serviços públicos antes vedados pela Constituição, privatizou empresas públicas, vendeu o patrimônio nacional e ainda passou a se eximir da prestação dos serviços sociais como educação, saúde, cultura, pesquisa e tecnologia científica e, agora, a previdência, transferindo bens e dinheiros públicos, sem licitação, às chamadas organizações sociais, através de contratos de gestão, tudo conforme a Lei n. 9637, de 15.05.98, num abuso sem precedentes no trato com a coisa pública [...]

No entanto, este apossamento do espaço público pelo privado conduz

²⁵³ Apud ALFONSO, Luciano Parejo. Eficácia y Administración – Três Estúdios. Madrid: Instituto nacional de Administración Publica, 1995, p. 113.

²⁵⁴ FINGER. “O Público e o privado...”. Op. cit., 74.

a sérias discrepâncias, promovendo o desvirtuamento da própria natureza da função pública, tendo em vista a contraposição dos interesses em cotejo e o regime jurídico incidente a cada ambiente distintamente,

A Administração Pública, como visto, tem por função precípua gerir a *res publica*, a coisa pública. Já se disse, com inteira razão, que a administração da coisa pública, até pela especialidade de sua atuação, é radicalmente diversa da administração da coisa privada. A razão é óbvia: **o administrador privado, com a voluntariedade e liberdade próprias de quem é dono, proprietário, age em consonância com o interesse particular.** Dispõe dos bens e interesses, colimando um objetivo próprio, pessoal. **Ao reverso, porque o administrador público encarrega-se de bens pertencentes à coletividade como um todo, os interesses em jogo são marcados pela indisponibilidade.** Afinal, a ninguém é lícito ser desprendido com o que não lhe pertence.²⁵⁵

Maria João Estorninho ilustra que, em algumas situações, a Administração Pública “fugiu” para o direito privado de forma accidental, quase que ingênua, mas que atualmente, esta fuga é consentida e consciente, tomando contornos de perversão²⁵⁶. Emerson Gabardo denuncia a ocorrência da inversão de racionalidade, isto é, “passa-se a afirmar o caráter privado de forma dogmática a fim de exigir do caráter público”, colocando-se o Estado sob “luz negativa” derivada da inadequação própria da lógica privada²⁵⁷. Boaventura Souza Santos afirma que a substituição da Administração Pública pela privada não se configura numa solução mais indicada para a crise verificada, pois resta por ampliar o déficit democrático²⁵⁸.

Em que pese as ponderações esboçadas, não há como negar a incidência subsidiária do regime privado ou das normas de natureza privada nas relações afetadas pela Administração Pública, sem que isto represente a

²⁵⁵ BACELLAR FILHO. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. Op. cit., p. 80. Sem grifo no original.

²⁵⁶ A passagem é retratada pela autora no seguinte trecho: “ao longo dos tempos a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado”. ESTORNINHO, Op. cit.,

²⁵⁷ GABARDO, Op. cit., p. 60.

²⁵⁸ SANTOS, Boaventura Souza. A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência. 2ª. Ed., São Paulo: Cortez, 2000, p. 174.

derrogação do regime administrativo peculiar da atuação administrativa. Trata-se de condição de mera excepcionalidade²⁵⁹. A presunção se justifica na medida em que a natureza dos sujeitos em questão é distinta²⁶⁰. No regime privado vigora a equivalência jurídica entre as partes afetas à relação, enquanto a vertente pública está vivificada pela condição de superioridade do sujeito público ou de subordinação do privado. As relações havidas seguem posições diversas: de verticalidade no direito público e de horizontalidade no privado²⁶¹. Isto se deve ao fato de que no campo de atuação da administração pública, onde incide o direito público encontram-se em vigor as denominadas prerrogativas do poder público, as quais são inexistentes na esfera do direito privado, sendo encontradas, no entanto, as sujeições ao poder público.

Mas, a despeito da aplicação subsidiária do direito privado a disciplinar as relações havidas com a administração pública, cumpre lembrar que “o Estado não pode se comportar como um particular; ainda que, em determinadas circunstâncias, possa agir em campos destinados à atuação de entes privados”²⁶². É imprescindível compreender que a atuação do poder público visa uma finalidade específica – o interesse público ou bem comum; corolário, não se pode admitir que o domínio público seja cooptado por insígnias privadas, de maneira a dilatar a extensão da privatização do público, legitimado a partir de discurso dissimulado que pretende conceder maior eficiência e agilidade ao poder público. Nesse diapasão, esclarece Romeu Bacellar Filho:

A promiscuidade entre Direito Público e Direito Privado, em se tratando de Administração Pública, tem servido, muitas vezes, pelo menos no Brasil, para justificar a diminuição de *controles*

²⁵⁹ Romeu Bacellar Filho proporcionou diálogo entre o Direito Administrativo e Direito Civil à luz da nova codificação, tornando oportuna a leitura. BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo código civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 96-97.

²⁶⁰ Idem. No mesmo sentido, encontra-se disposição de Ana Cláudia Finger in FINGER. “O Público e o privado... GUIMARÃES. Op. cit., p. 64.

²⁶¹ A concepção conceitual é de Renato Alessi, apud BACELLAR FILHO. Direito administrativo..., Op. cit., p.64.

²⁶² Ibidem, p. 104.

sobre o exercício da atividade administrativa, num autêntico retrocesso diante do regime democrático²⁶³.

Na medida em que o indivíduo deixou de ser cidadão em sua essência e foi transformado em consumidor propositadamente, constata-se que sequer a democracia foi poupada ou restou imune aos efeitos oriundos da sobreposição entre público e privado. Em citação a Henry A. Giroux e Susan Giroux, Bauman traz a seguinte passagem:

A democracia está em perigo quando os indivíduos são incapazes de traduzir sua miséria privada em preocupações públicas e ação coletiva. Como as corporações multinacionais moldam cada vez mais os conteúdos da maior parte da grande mídia, privatizando o espaço público, o engajamento cívico parece cada vez mais impotente e os valores públicos tornam-se invisíveis. Para muitas pessoas hoje em dia, a cidadania foi reduzida ao ato de comprar e vender mercadorias (incluindo candidatos), em vez de aumentar o escopo de suas liberdades e direitos a fim de ampliar as operações de uma democracia substancial.²⁶⁴

Do arrazoado entabulado, torna-se imperiosa a promoção de ampla reflexão crítica da sociedade com vistas a revisar questões relativas ao trato da coisa pública; reflexão esta não com pretensão de completude ou de termo final, mas que permaneça incompleta e inacabada, refazendo-se continuamente, já que o corpo social, a par de movimento dinâmico e constante, carece desta (in)definição, a qual irá permear o debate e quiçá para alcançar sistema jurídico adequado à realidade fática, senão, menos defasado.

3.3.2 A publicização do privado

O Direito Privado ora representado pelo seu mandatário mor – o Direito Civil, cambiou deveras nos últimos vinte anos. No Brasil, com o advento

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ BAUMAN, Tempos Líquidos. Op. cit., p.164.

do Código Civil²⁶⁵ é possível afirmar que houve modernização na perspectiva formal, conquanto a teoria crítica do direito civil²⁶⁶ aponte a ausência de modificações substanciais²⁶⁷, cabendo a hermenêutica construtivista desempenhar o papel de atualizar substancialmente, sempre embasada na Constituição Federal.

Os alicerces do homem privado – o contrato, a propriedade/posse e a família, institutos basilares do estatuto privado - sofrem alterações. O “indivíduo-centrismo”²⁶⁸ reinante durante dois séculos cede espaço para novos paradigmas, que se tornam emergentes a partir da identificação de necessidades humanas diárias a reclamar alterações jurídicas com vistas à proteção das relações sociais. Não há espaço para a letra da lei congelar os fatos sociais e emoldura-los como paisagens estáticas num quadro. A normativa jurídica existe para se adequar aos fatos e relações sociais e não o contrário – não é o fato social que deve se enquadrar no dispositivo legal para que possa ser objeto de regulação/proteção²⁶⁹, até porque, “aquilo que está efetivamente contido não é tudo o que poderia sê-lo”²⁷⁰, pois o homem

²⁶⁵ Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

²⁶⁶ Corrente de pensadores que entendem ser indispensável a construção de pensamento crítico que abrangerá o jurista através do ensino jurídico, o qual deverá “abrir suas portas que sempre permanecem fechadas”, com vistas a proceder reflexão – uma visão com outros olhos. Como representantes da teoria crítica do direito civil no Brasil, pode-se citar Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, José Antônio Peres Gedieli, entre outros.

²⁶⁷ [...] o novo Código Civil manteve a mesma disciplina abstrata e geral do sujeito de direito, não concebendo a pessoa em sua real dimensão humana, ou seja, tendo em vista sua variedade e diversidade de necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais. Dito diversamente, não assimilou o princípio constitucional, elevado a fundamento da república, de proteção à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo é a ausência total de referência à proteção das pessoas idosas, disposta no art. 230 da Constituição federal de 1988 e ignorada pelo novo Código Civil. NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena *et al* [Orgs.]. Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 301.

²⁶⁸ FACHIN, Op. cit., p. 14.

²⁶⁹ Aponta Luiz Edson Fachin que “há coisas que estão fora da moldura, e há também relações que estão excluídas desse quadro. A realidade fática, porém, constrói sociedades à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica. É a idéia singela, segunda a qual fatos se tornam jurídicos a partir de uma luz de juridicidade que recai sobre eles, o que leva à formulação de que nem todo fato é jurídico e nem toda pessoa é, a rigor, sujeito de direito”. FACHIN, Op. cit., p. 179.

²⁷⁰ Ibidem, p. 177.

ultrapassa e antecede a construção normativa que, ao final, constitui-se em fruto originado à partir da história e da cultura.

Necessita-se de nova ordem: exige-se o abandono de concepções abstratas e genéricas do dispositivo prescrito pela norma, um tanto reducionista, um ser impessoal, para considerar a situação concreta do sujeito na relação jurídica²⁷¹, pois existem deveres jurídicos e valores que não são apreendidos pela norma abstrata, verificáveis somente no caso concreto. Ocorre inversão na ordem de importância dos significados; no dizer de Fachin, “é como se a resposta sempre estivesse formulada antes da elaboração da própria pergunta”²⁷².

Outra modificação refere-se ao resgate jurídico de valores presentes nas relações jurídicas, as quais passam a ter núcleo comportamental, isto é, valores comportamentais como boa-fé e confiança restam preponderante diante da coisificação das relações jurídicas (a locação, a venda, a compra, etc).

Portanto, torna-se cogente repensar o Direito Privado fulcrado em outras bases, superando o modelo tradicional com a adoção de outras perspectivas para além do individualismo e patrimonialismo²⁷³, onde haja prevalência do sujeito sobre as coisas – um sujeito núcleo dos interesses, considerando-o como sujeito coletivo imbuído de solidariedade social, valor essencial em tempos de pluralidade, diversidade e complexidade, características marcantes da contemporaneidade. Nesse repensar, os princípios constitucionais encontram-se no núcleo, independente da escrita normativa, até porque tem a missão de ‘funcionalizar’, isto é, cumpre missão finalística em todas as facções do Direito.

²⁷¹ Ibidem, p. 93.

²⁷² Ibidem, p. 96.

²⁷³ Afirma Gustavo Tepedino que “as relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista” TEPEDINO, Gustavo. 80 anos de Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? Revista Del Rey : Belo Horizonte, dez/97, p. 17.

De acordo com a teoria críticas²⁷⁴, a crise do direito contemporâneo e do próprio direito civil, além de abalar as pilastras da modernidade, assentada na univesalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia da vontade, também está a provocar a desestruturação de sua raiz fundante civilista – a fonte estatal única da produção da norma e a autonomia da vontade. Aponta Luiz Edson Fachin que:

O pluralismo de fontes, a força criativa dos fatos e a afirmação dos espaços de não-direitos como ensejadores de transformação social e jurídica implicam a primeira estrutura, e abrem possibilidades antes negadas. O desvelar do mito da vontade, a intervenção estatal na economia do trânsito jurídico, as relações de massa e de consumo comprometem a segunda estrutura e dilatam postulados.²⁷⁵

Assim, torna-se forçoso repensar o direito privado sob uma perspectiva diferenciada - com outros olhos, que permitam a reconstrução contínua dos significados ainda que os significantes sejam duradouros, rejeitando-se definições exatas, com pretensão de universalidade ou de verdade absoluta, que obstem a dialética e a conseqüente reformulação da Ciência do Direito. O sujeito há que ser visto de outra maneira – de sujeito auto-referente, insular, único para um concreto, construído a partir da alteridade, do outro.

Apesar do panorama delineado, observa-se que alguns valores foram assumidos pela nova legislação. Nessa perspectiva de inovação normativa contemporânea, alguns avanços que demonstram a publicização do privado merecem destaque como a função social dos contratos, a função social das empresas, a boa-fé como valor intrínseco das relações jurídicas, entre outras. Com a função social pretende-se informar as relações jurídicas havidas com justiça, igualdade e razoabilidade. O fato de a função social encontrar expressa

²⁷⁴ Tem-se como teoria crítica aquela contraposta à tradicional, sintetizado por Ludwig: “ como as coisas realmente são – objetivo de uma teoria -, porém a partir da perspectiva de como deveriam ser. Isso porque as coisas poderiam ser, mas não são (afinal, as coisas tem potencialidades que não são realizadas). Nessas condições, fazer teoria crítica que só posso entender o mundo a partir do que ele poderia ser. Compreender o mundo desde o melhor que nele está embutido, mas não efetivado. [...] Portanto, na perspectiva de uma teoria crítica quem diz apenas o que as coisas são só diz parte do mundo; diz o que é, e não diz a parte que ainda pode ser”. LUDWIG. Op. cit., p. 192-193.

²⁷⁵ FACHIN. Op. cit., p. 83.

no texto legal com o advento do Código Civil de 2002, não significa que antes os negócios jurídicos não a possuíssem concretamente, a despeito dos positivistas negarem-lhe valor:

Não é possível negar a urgência que aflui, no sentido de se recuperar o equilíbrio social, refazendo-se, de alguma forma, as matrizes filosóficas do Direito. A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos.²⁷⁶

Com a figura das empresas ocorreu fato análogo, as quais passaram a ostentar função social outorgada pela letra da lei, reconhecendo-se objetivamente, a necessidade de realizar fins para além daqueles particulares, ou seja, o interesse coletivo insculpido nesta figura jurídica de caráter eminentemente privado e mercantil.

3.4 Re-significando a discussão entre moral e direito

Pela concepção kantiana, o campo da Moral e do Direito constituem subsistemas distintos e apartados. Esta visão permaneceu incontestável durante quase um século, até que as mudanças reclamaram revisão conceitual, pois não mais condiz com a realidade das coisas e, hodiernamente, torna-se imprescindível revisitá-las, mas, desta feita, com outros olhos – com o mesmo olhar que identifica o surgimento de novas categorias e a reformulação de outras, que se alteram diante da insuficiência de seus conteúdos ou significados quando cotejados com valores atuais.

O direito está intimamente ligado à moral, assemelhando-se em alguns pontos e destoando em outros. Ambos prescrevem padrões comportamentais

²⁷⁶ HIRONAKA, Giselda M Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil. São Paulo, n. 45, jul/set 1988, p. 141.

visando regular as relações humanas com o fito da coesão social, as quais modificam-se em razão das mudanças histórica-culturais. Por outro lado, o direito se diferencia da moral na exata medida em que as prescrições morais se referem ao foro íntimo do indivíduo e sua adesão é sempre espontânea; quanto ao direito, é externo ao sujeito, surgido pelas mãos do Estado e independem do foro íntimo ou do livre convencimento – o direito obriga a todos. Todavia, o domínio do direito é restrito em relação à moral, pois somente alguns fatos sociais são erigidos à categoria de norma jurídica.

A moral cumpre função social vital já que precede inclusive a organização social, diversamente do direito, que tem sua origem formal e institucional abrigada nas mãos do Estado. No entanto, é curioso observar que apesar de não institucionalizada, a Moral cumpre papel essencial na formação do Direito. Justamente no momento em que os instrumentos sociais restam impotentes ou insuficientes para fazer valer comportamentos considerados morais, entra em cena o Direito, como mecanismo coercitivo institucionalmente estabelecido. A incapacidade de a Moral impor condutas à sociedade torna-se o *input* para surgimento das regras jurídicas, que se afiguram como elemento externo, com caráter sancionador e posto institucionalmente. Todavia, não serão todas as prescrições morais elevadas à condição de norma jurídica.

Não há como negar que as novas concepções originadas na seara da Ciência do Direito, admitem a existência de intersecção entre Moral e Direito, como acolhem os *neoconstitucionalistas*²⁷⁷. E não poderia ser diferente, pois, “[...] o conteúdo justo do Direito não pode ser atendido apartado do sentido moral que deve prevalecer em todas as relações humanas, sob pena de deixarem elas de ter este traço de humanidade”²⁷⁸.

Como contraponto ao positivismo, existe uma justaposição entre moral

²⁷⁷ No Direito Constitucional surge movimento denominado de *neoconstitucionalismo*. O termo tem sido utilizado para designar a corrente filosófica cuja característica é ser constitucionalista e antipositivista, propondo a) modelo teórico para o Direito do Estado Constitucional, negando a tese de separação entre moral e direito; b) axiológico-normativo, pois não necessita de formulação ideal de direito positivo – mas busca uma projeção evolutiva e necessária do conteúdo do Direito Constitucional positivo. O termo não possui significação unívoca, no entanto, há elemento comum: a crítica ao positivismo jurídico diante de sua insuficiência para proceder análise do novo Estado Constitucional que encontra-se em emergência. POZZOLO, Susana. *Un constitucionalismo ambiguo*. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 187-203.

²⁷⁸ ROCHA, Op. cit., p. 181.

e direito²⁷⁹ - o direito apreende, faz uso do conteúdo moral para realizar a justiça. A relação entre moral e direito conduz à imagem de justiça²⁸⁰ que não se constitui num fim em si mesmo, mas “um valor interno nas práticas da moralidade e da lei²⁸¹”.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, o afastamento entre a Moral e o Direito constituiu-se numa medida salutar com vistas a atender adequadamente os modelos políticos e econômicos²⁸², operacionalizando a sua implementação ou manutenção, conforme o caso. Outro motivo a ser citado, refere-se à dificuldade de inserir as normas morais no conjunto de regras jurídicas em razão da imprecisão e da falta de objetividade destas, o que as torna inócuas em relação à coerção e aplicabilidade. Porém, atualmente é notório que o direito deve conter um mínimo moral, mesmo porque, “[...] o direito nada mais é que o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros”²⁸³. Em que pese a dificuldade aventada, é certo que a conduta moral tornou-se indispensável no movimento social, fazendo-se legitimar através do direito.

No entanto, pode-se afirmar, inquestionavelmente, que a questão fundamental na contemporaneidade diz respeito ao conteúdo da moral das condutas que integram ou passarão a integrar o sistema jurídico; em síntese, qual a moral reclamada pelo corpo social. Percebe-se que houve deslocamento

²⁷⁹ Segundo Hart, é um fato contingente que Direito e Moral frequentemente se justapõem (como na proscrição da violência e da desonestidade) e compartilham um vocábulo comum de direitos e obrigações. HART, Hebert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 4ª. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

²⁸⁰ “[...] justiça como conceito moral significa a aplicação imparcial de normas de conduta sejam imparciais, não discriminando arbitrariamente determinadas pessoas ou determinados fins, pois o ato justo sempre serve a fins considerados bons. Em contraste, identifica-se com a observância de certas restrições na busca de fins. Logo, o ato dotado de justiça moral deve respeitar estas restrições na ação, quaisquer que sejam os fins desejados.” VASCONCELOS, Edson Aguiar. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Forense.

²⁸¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ética e administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

²⁸² A autora faz levantamento histórico dos modelos políticos e econômicos, demonstrando a conveniência e instrumentalização do afastamento entre moral e direito, a fim de justificar determinadas opções políticas e econômicas, como o utilitarismo ou liberalismo. ROCHA. Princípios Constitucionais..... Op. cit.

²⁸³ A citação é feita por Carmen Lúcia Antunes Rocha em sua obra, quando menciona Jellinek. In ROCHA. Princípios Constitucionais..., Op. cit., p. 182.

do enfoque pretérito: não se indaga sobre o afastamento integral entre os dois subsistemas, pelo contrário, há consentimento tácito da doutrina na existência de pontos de interseção entre moral e direito. Mas o tema de inquietação passou a ser sobre o conteúdo desta moral que irá agregar-se ao sistema jurídico.

No campo da moral pública, apenas recentemente houve a reivindicação social reclamando sua forma jurídica; e isso é explicitado por Carmen Lúcia Antunes Rocha quando afirma:

É que o sistema jurídico democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada. Por isso, no sistema constitucional dos povos contemporâneos, a moralidade pública adotou aquela forma jurídica, fez princípio fundamental e dotou-se de natureza e vigor normativo²⁸⁴.

Desta forma, confia-se que a moral justaposta ao direito, respeitado determinados limites, pode contribuir decisivamente para a construção do regime democrático de direito, além de buscar concretizar o princípio da justiça de maneira factível²⁸⁵, dotando a sociedade de valores éticos.

3.5 A necessária re-leitura de algumas categorias

A passagem da modernidade para a contemporaneidade requer reflexão apurada visando superar a racionalidade materializada por meio das “definições” estanques, muitas vezes originadas pelas mãos do Estado na forma de regra jurídica. Característica da modernidade, o estabelecimento de padrões binários contrapostos deu-se em inúmeros ambientes; no Direito atingiu a relação público/privado, objeto/sujeito, individual/coletivo, entre outros. Surge

²⁸⁴ Ibidem, p. 183.

²⁸⁵ LUDWIG. Op. cit., p. 192-193.

a necessidade de mediação marcada por categorias próprias à contemporaneidade. No entanto, não se propõe o abandono do todo que constituiu o modelo clássico, mas há que se compreender o pretérito à luz da pluralidade.

Não há como negar que o discurso jurídico passa pelo campo do conhecimento edificado em conformidade com o lapso temporal, que na contemporaneidade está assentado na constitucionalização²⁸⁶. Torna-se imperioso assumir valores ali consignados, os quais irão permear todo ordenamento jurídico infraconstitucional, a despeito de não estar veiculado textualmente, posto que a mera exegese deve ser vencida.

Assim, no sistema jurídico surgem categorias ou seus conteúdos são reformulados, estimulados pelos ventos da constitucionalização, merecendo tratamento destacado a que coloca o homem no núcleo do ordenamento jurídico (base antropológica), a boa-fé e a igualdade – não mais meramente formal, agora com substrato, considerando o indivíduo em concreto, não mais abstrato. Não se pretende exaurir os conteúdos, mas tão somente dar uma visão panorâmica acerca das mudanças operadas que reclamam a releitura de categorias, como é o caso da boa-fé e do princípio da igualdade, cujos valores são imprescindíveis na edificação dos fundamentos da ética contemporânea.

A categoria boa-fé aparece na contemporaneidade como valor indispensável à formação, manutenção e desenvolvimento das relações jurídicas, como também no cumprimento de deveres, quer na esfera pública ou privada da sociedade²⁸⁷. Vale dizer: comportam a necessidade de condutas pautadas pela lealdade e honestidade, originando um ambiente de confiança recíproca. A categoria em pauta pode ser introduzida no ordenamento jurídico, independentemente de prospecção legislativa, como cláusula geral ou como

²⁸⁶ A Constituição Federal passa a ser o vértice por onde todo o ordenamento jurídico deve passar. Como denomina Paulo Ricardo Schier: trata-se de filtro constitucional sendo necessário “colocar a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda a ordem jurídica, de modo que será possível sustenta-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça”. SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 127.

²⁸⁷ Imperdível a leitura dos estudos realizados por Ana Cláudia Finger. O princípio da boa-fé no direito administrativo. Curitiba, 2005. Dissertação de mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná.

princípio²⁸⁸. No Brasil, diante da ausência da cláusula geral²⁸⁹, fez-se presente como princípio geral de direito²⁹⁰. Portanto, há que se ter em mente, encontrar-se defronte a um princípio geral do direito, e como tal, servirá de supedâneo único, sem distinções metodológicas. Corolário, é da sua natureza existir independentemente de posituação em norma jurídica, pois goza de reconhecimento e efetividade plena, ainda que não expresso em texto legal. Nesse sentido é o entendimento de Ana Cláudia Finger:

Assim é que, não obstante a ausência de expressa menção à boa-fé como princípio em normas jurídicas específicas no direito brasileiro (como, aliás, ocorre no próprio nível constitucional) não significa que seja possível ignorá-la, sobretudo, considerando-se os princípios, por sua própria natureza, dado o caráter de fundamentalidade (o papel que exercem no sistema), existem independentemente de sua consagração em uma norma jurídica positivada²⁹¹.

Ética e boa-fé encontram-se inter-relacionados na medida que são empregadas como regra hermenêutica, sem prestar solução prévia, e sim buscando realizar juízos de valor que irão incidir sobre comportamentos humanos em concreto, visando a tomada de decisão naquele caso específico e não em outro. Até porque, “a idéia ética da boa-fé, então, não se esgota nas relações ou situações juridicamente estabelecidas, podendo ser evidenciada, previamente, no estabelecimento de relações ou situações jurídicas[...]”²⁹². Desta forma, para leitura do princípio geral da boa-fé é essencial olhá-lo com

²⁸⁸ Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros afirma que a “configuração principiológica da boa-fé, por si só, já justificaria fosse dada atenção especial à problemática relativa aos princípios, até porque a existência, hoje, de uma cláusula geral não implica uma transmutação essencial, haja vista que a cláusula geral da boa-fé é uma expressão legislativa do princípio da boa-fé” apud FINGER. Op. cit., p. 30.

²⁸⁹ Ibidem, p. 37.

²⁹⁰ Pontes de Miranda tem entendimento diverso do esposado neste trabalho, defendendo que o acolhimento da boa-fé nas relações jurídicas privadas somente poderia ocorrer desde que derivado de texto expresso, que não é o caso, sem olvidar que tais relações são marcadas por vinco assentado na segurança jurídica. Apud FINGER. Op. cit., p. 30.

²⁹¹ FINGER. Op. cit., p. 38.

²⁹² FACHIN. Op. cit., p. 307.

visão multidisciplinar, considerando-o num sentido amplo e alargado, pois

Seja como for, essa ordem de idéias ingressa no plano do Direito como um reconhecimento da impossibilidade de um sistema valorar comportamento sem que se dê azo às circunstâncias que superam a disciplina normativa específica²⁹³.

O princípio geral da boa-fé cumpre determinadas funções essenciais no sistema jurídico, conforme esclarece Jesus Gonzalez Perez. Primeiro como princípio geral de Direito²⁹⁴ e depois, como desdobramento da funcionalidade primordial assumida, a boa-fé cumprirá o papel de a) fundamentar o ordenamento jurídico; b) de informar a atividade interpretativa e, c) de instrumentalizar a promoção da integração²⁹⁵.

Luiz Edson Fachin, em referência à imprescindibilidade do princípio em questão, afirma ser de caráter indiscutível o relevo do tema, ressaltando que a valoração ética do comportamento humano poderá acessar o mundo do Direito com a roupa da boa-fé, assumindo matizes diferentes, mas com uma mesma raiz²⁹⁶. Outrossim, cumpre observar que o princípio geral da boa-fé, no entendimento de José Manuel Sérvulo Correia, decorre do Estado de Direito:

Nos nossos dias, o dinamismo intrínseco do princípio fundamental do Estado de Direito manifesta-se através de duas facetas inter-relacionadas. Uma dessas vertentes é aquela que poderemos denominar 'capacidade irradiante' do princípio: o confronto do seu núcleo essencial com as realidades sócio-políticas permite deduzir princípios secundários que vêm engrossar a auréola que rodeia a sua estrutura nuclear. É, por exemplo, o caso do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que a Constituição Portuguesa não menciona expressamente mas que o Tribunal

²⁹³ FACHIN, Op. cit., p. 304.

²⁹⁴ Vale a citação : "os princípios gerais de direito constituem a parte permanente e eterna do Direito e também a variável e mutável que determina a evolução jurídica". In DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de Espana. I., 1 3ª. Ed. Madrid, 1955, p. 464.

²⁹⁵ PEREZ, Jesus Gonzalez. El principio general de la buena fe em el derecho administrativo. 2ª. Ed., Madrid: Civitas, 1989, p. 56 a 66.

²⁹⁶ Se referindo às nuances que o princípio pode assumir quando das relações privadas ou públicas. FACHIN. Op. cit., p. 303.

Constitucional de Lisboa infere do preceito que proclama o Estado de Direito.²⁹⁷

Se, na esfera privada a aceitação do princípio da boa-fé encontra maior ressonância, o mesmo não ocorre no ambiente público, onde a rechaça é maior, especialmente em virtude do interesse público e do princípio da legalidade²⁹⁸, onde a aplicabilidade do princípio ficaria prejudicada em detrimento da segurança jurídica.

O posicionamento contrário à adoção do princípio geral da boa-fé nas relações juspublicistas é repellido por diversos autores²⁹⁹, os quais assentam o entendimento de que por se tratar de princípio geral de direito, sua incidência se dá no âmbito privado e público, indistintamente.

De outro lado, mister se faz delimitar os contornos da área limítrofe de aplicabilidade do princípio na relações juspublicistas, “sob pena de atingir-se algo diverso do almejado: o abuso do direito, o desvio de poder, a imoralidade sob o manto da boa-fé”³⁰⁰.

Assim, o princípio geral da boa-fé assume vultuosidade e ganha espaço, especialmente quando a administração pública participa da relação jurídica. Nem se cogite existir “boa-fé privada” (regente das relações entre particulares) e “boa-fé pública” (disciplinadora das relações mantidas na seara pública), pois não se admite que valor ético desta grandeza seja fracionado buscando adequação ao discurso normativo.

No entanto, deve-se ressaltar que os efeitos derivados do princípio da geral da boa-fé assumem diferentes contornos em relação à administração pública e ao cidadão. Jesus Gonzalez Perez explana que para o cidadão, a

²⁹⁷ Citação realizada por Romeu Bacellar Filho à conferência de José Manuel Sérvulo Correia. BACELLAR FILHO. “Ética pública, o Estado...”. PIREs. Op. cit., p. 353.

²⁹⁸ “[...] o interesse público e o princípio da legalidade se colocam na base da resistência verificada no reconhecimento e aplicação do princípio da boa-fé na esfera pública”. In FINGER, op. cit., p. 48.

²⁹⁹ Jesus Gonzáles Perez, Agustín Gordillo, Sainz Moreno, Romeu Felipe Bacellar Filho, Ângela Cássia Costaldello, Juarez Freitas, entre outros.

³⁰⁰ COSTALDELLO, Angela Cássia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e boa-fé. Curitiba. 1998. Tese de Doutorado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 102.

aplicação do princípio geral da boa-fé o orienta a adotar um comportamento leal, enquanto para a administração pública, contribui para resgatar a confiança perdida, pois a Administração Pública não exigirá nada além do estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos³⁰¹. Nesse sentido é a citação de Sainz Moreno:

[...] a boa-fé da Administração frente ao cidadão consiste na confiança de que este, não só não será desleal com o comportamento honesto da Administração, como tampouco irá utilizar a Administração para obter em seu benefício resoluções contrárias a boa-fé de outro cidadão³⁰².

Pressuposto *sine qua non* do princípio geral da boa-fé refere-se ao caráter de alteridade das relações, ou seja, trata-se de um valor presente na transcendência do indivíduo, materializado somente quando o 'outro' se faz presente; versa, o princípio da boa-fé, a elemento que só pode ser demonstrado quando em diante do relacionamento intersubjetivo. Vale dizer que, "a boa-fé - diz Dromi - significa dizer que o homem crê e confia que uma declaração de vontade surtirá, no caso concreto, seus efeitos usuais, os mesmos efeitos que ordinária e normalmente produziram em casos análogos"³⁰³.

Como fundamento de caráter ético, o princípio da boa-fé surge como componente destinado a resgatar a confiança e respeito mútuo nas relações jurídicas públicas, sem, contudo, romper com a segurança jurídica. Nesse sentido, pertinente a lição colacionada:

[...] a utilização da boa-fé no direito público, como elemento a recuperar a crença e a eficácia nas relações estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares, a ser necessariamente pautada por deveres éticos de retidão, lealdade e autêntica fidúcia mútua, é princípio de fundamental

³⁰¹ PEREZ. Op. cit., p. 69.

³⁰² SAINZ MORENO. A boa-fé nas relações da Administração pública com os administrados, RAP, n. 89, p. 311.

³⁰³ Apud Dromi. SAINZ MORENO. Op. cit. p. 53.

importância num Estado Democrático de Direito, eis que se traduz num instrumento jurídico que permite a aproximação do agir estatal o mais próximo possível dos ideais de justiça material³⁰⁴.

A boa-fé, retratada nos valores honestidade, lealdade e confiança, quer derivada expressamente do texto constitucional, do Estado de Direito ou considerada como princípio geral de direito, reitera o fundamento antropológico sob a qual se ergueu a Carta Maior, alocando o homem no centro de todas as questões, sem olvidar da humanização propiciada nas relações mantidas pela Administração Pública e seus destinatários. Isto se torna ainda mais pujante quando a lealdade é tida como motivo de vergonha, não de orgulho³⁰⁵

É indiscutível que o princípio geral da boa-fé deverá constituir-se num ingrediente indispensável à construção de um fundamento ético destinado a pautar as condutas humanas não só na Administração pública, mas fazendo-se espargir para todos os recônditos, pois se refere à valoração ética do comportamento.

Outra categoria que merece evidência consiste na igualdade. Herdada da modernidade, trata-se de insígnia indispensável para as relações havidas no corpo social; no entanto, a contemporaneidade reclama sua reformulação, desta feita com as matizes próprias do tempo que se inaugurou, com novas vestes, menos pomposas e mais funcionais.

A igualdade, emblema maduro, surgido ao lado do Estado moderno, alastrou-se como valor a permear as legislações ocidentais, inserida como princípio geral de direito, por via constitucional ou infraconstitucional, mas se fez presente normativamente, ainda que meramente formal.

Nesse âmbito, a igualdade formal fundou-se no referencial da pessoa considerada em abstrato, de forma neutra, insular, próprio do homem individual, afastada da realidade concreta dos sujeitos – com contornos mais conceituais ou fictícios que, propriamente ditos, reais. Mas, a dimensão meramente formal restou insuficiente, não produziu os efeitos ao fim que se

³⁰⁴ FINGER. Op. cit., p. 55.

³⁰⁵ BAUMAN, Tempos Líquidos. Op. cit., p. 17.

propunha. Advém a necessidade de circunscrever o princípio às projeções da vida em concreto, ou seja, torna-la substancial, com substrato, ainda que se tenha no texto constitucional pátrio esta previsão³⁰⁶.

O regime democrático de direito reclama pela mudança; portanto, há que se considerar, como *ratio* fundante, o pilar antropológico que sustenta o regime constitucional pátrio, isto é, há que se consagrar a pessoa humana como entidade nuclear das relações e das ações. Não se pode admitir a manutenção do velho antropocentrismo, “pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade”³⁰⁷, sob pena de conservar o insustentável caráter meramente formal da igualdade. Para Canotilho, a igualdade constitui-se num dos elementos estruturantes do princípio democrático, como também servirá de supedâneo firme a alicerçar o exercício dos direitos fundamentais, ressaltando que “uma das tarefas fundamentais do Estado; e a promoção da igualdade real [...]”³⁰⁸.

Hodiernamente, o princípio da isonomia encontra-se intimamente relacionado com o exercício da cidadania. Mas, há que se insurgir contra a forma restrita de conceituação de ‘cidadão’ como sendo o indivíduo com direitos políticos (votar e ser votado); torna-se pujante a adoção de perspectiva dilatada, para considerá-lo como sujeito em concreto, responsável pela construção da história social, “sujeito ativo na cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mudança do direito”³⁰⁹. É inadmissível conceber a cidadania como “recipiente de direitos individuais”. Às vistas deste novo aspecto, o “cidadão é aquele que se identifica com a gramática de conduta da *res publica*, com o interesse público”³¹⁰.

³⁰⁶ A Constituição Federal elenca no art. 5º. caput, a igualdade (formal) e em outros diversos artigos a previsão conduz a igualdade material, como o art. 3º., 23, 170, entre outros.

³⁰⁷ FACHIN. Op. cit., p. 211.

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 78-81.

³⁰⁹ CLÈVE, Clemerson Merlin. Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 16.

³¹⁰ KOZICKI, Katya. “Democracia radical e cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe”. FONSECA. Op. cit., p. 334.

No Brasil, recentemente, muitas ações foram tomadas com vistas a amortizar os resultados advindos da igualdade formal garantida constitucionalmente, podendo citar as ações dirigidas ao combate da desigualdade através da criação da chamada “discriminação positiva” ou ações afirmativas, as quais têm por finalidade a inclusão. São caracterizadas pela especialidade e temporariedade, com natureza compensatória, que busca precipitar a igualdade material, constituindo-se em instrumento essencial para corrigir situações díspares e concretizar o projeto democrático.

No entanto, cabem algumas indagações diante pluralidade, diversidade, complexidade e fluidez que estão a marcar o início do terceiro milênio: qual o conteúdo que se pretende conferir ao princípio da igualdade? Terá este conteúdo pretensão de universalidade? Diante da lacuna que se estabelece ou até que a respostas sejam suficientes, vale a citação: “o amadurecimento das interrogações é o caminho adequado para respondê-las ou afastá-las por impertinentes”³¹¹.

A isonomia real ou material se torna indispensável quando se pretende minimizar as conseqüências desastrosas provocadas pela globalização, marcada sobremaneira pela exclusão e pela desigualdade. Nem se cogite de trazer à baila o conceito reducionista da paridade ou similitude; pois que na diversidade e complexidade social não há espaço para permitir a restrição de um princípio sublime como o da igualdade a uma visão simplista. Há que ultrapassar os limites da mera semelhança em direção ao estabelecimento de padrões que concretizem a igualdade material, valor este imprescindível aos fundamentos éticos contemporâneos.

³¹¹ FACHIN. Op. cit., p. 218.

Parte 4 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 A reflexão sobre os significantes e significados

Definitivamente o mundo mudou! Mudou e muda com tanta velocidade que fica difícil manter-se atualizado diante de tanta novidade. A instabilidade provocada pelas mudanças repercute no entendimento de conceitos bem sedimentados em outras épocas, devendo, necessariamente ser procedida releitura buscando absorver ou no mínimo tentar absorve-las.

A influência contemporânea reclama movimento de renovar a compreensão dos significados, a despeito da manutenção inalterada dos significantes ou da pretensão de perenidade dos mesmos quando do seu estabelecimento.

O trânsito jurídico iniciado demanda repensar paradigmas, cuja ação não se estanca num único momento, por se tratar de movimento contínuo, já que a travessia permanece. Há que se superar modelos insuficientes e reconstruí-los sobre novas bases, sob pena de repetir o passado.

Na Ciência do Direito, as relações entre significantes e significados ou continentes e respectivos conteúdos³¹² sofrem mutações e mister se faz tecer alguns comentários, especialmente quando a mera exegese e o modelo clássico se mostram incapazes de dar conta da realidade social.

Nesta seara, os significantes ou continentes constituem-se em espaços simbólicos do discurso jurídico³¹³, que pretendem aprisionar os fatos sociais, só tomando alcance real quando submetido ao movimento de decifra-los à luz da história e da cultura, diante do caso concreto.

Os significados ou conteúdos se destinam a dar sentido real, não só realizando a readequação ao significante (posto *aprioristicamente*), mas cumprem a função de localizar os significantes no espaço-tempo, assentando-os na história e na cultura, posto que não se admite a existência de Direito a-histórico. Assim, são rejeitados os conceitos monolíticos e auto-referentes, as

³¹² Ibidem.

³¹³ Observa Edson Luiz Fachin que o discurso pode camuflar o real e constrói, à luz de seus valores, “outra realidade” e se propõe a ser uma espécie de “dado construído”, algo que evidencia o evidenciável, mas que esconde o que concretamente se passa. FACHIN. Op. cit., p. 245.

definições estanques, acabadas, inexauríveis ou fixas, com pretensão de completude. Esta circunstância deriva da condição antropológica, imposta pela Constituição Federal, sobre a qual o ordenamento jurídico deve estar assentado – o homem no âmago do trato jurídico. A concepção de homem abstrato e genérico (virtual) é abolida, cedendo lugar ao nascimento de nova perspectiva, desta feita, considerando-o concreto numa relação de alteridade – só existe o ‘eu’ porque existe o ‘outro’, na dimensão da cidadania, “que pode ser o continente que irá abrigar a dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais”³¹⁴.

A leitura dos significados a ser providenciada, deve se dar de maneira transversal³¹⁵, pois assume papel de prospecção, com objetivo finalístico de construir e reconstruir materialmente os valores inseridos na Carta Maior, quer sejam explícitos (que passaram pelo vértice da juridicidade) ou implícitos.

Assim, relevante o “reconhecimento de que se operam relações no plano da dobra do direito”³¹⁶ e que “impõem uma transformação do regulamento anterior, uma nova regulamentação, nem sempre apenas adequação de significados”³¹⁷. O significado (que indica o sentido) é dúctil em relação ao significante (que é ‘locus lingüístico’) que tende a permanência.

Deve-se ir além dos continentes para dar conta da realidade social face a ocorrência constante de “inputs” e “outputs” que promovem alterações nas relações sociais e, que, por isso, carecem ser abrangidos pelos significantes, ainda que não o integrem expressamente, sob pena de excluí-los do sistema jurídico pois, “aquele que define, ao assim se balizar, tanto se revela quanto promove, na definição, um senso de privar por eliminação: o que no conteúdo não está, deixa de consistir em objeto possível daquela demarcação”³¹⁸.

³¹⁴ Ibidem, p. 328.

³¹⁵ Para a teoria crítica, não se admite conhecimento auto-referenciado e estanque carecendo de diálogo entre os diversos ramos do direito e de outros conhecimentos, de forma transversal ou transdisciplinar.

³¹⁶ FACHIN. Op. cit., p. 224.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Ibidem, p. 90.

Assim, “instituto jurídico é continente normativo, relação é conteúdo regulamentado”³¹⁹ e a “definição se daria por normas legais e mediante disciplina normativa”³²⁰. Verifica-se que a “zona central que desvela significados e significantes, fica, pois, antecipadamente desenhada. Nela, os cidadão esbarram em conceitos, e a vida cotidiana se conforma em categorias”³²¹.

Desta forma, a pretensão de universalidade dos significantes deve ser relativizada diante do caso concreto, sob pena de torná-lo estáticos em face do movimento dinâmico apresentado pelas relações sociais. A pretensão de perenidade dos significantes não pode se constituir em empecilho a solução dos conflitos sociais, pois, ainda que perenes não representam a imobilidade absoluta, demandando curso diligente visando adequar-se ao fluxo autêntico da sociedade.

Para corresponder a esta pretensão proposta, o papel do ensino jurídico desempenha fundamental relevância. Inadmissível a mera reprodução do conhecimento na forma de “educação bancária”³²². A reflexão crítica é imprescindível e, sem dúvida, passa pelo processo educacional.

Destarte, os significados anunciam as interpretações do significante a representar a evolução dos tempos e, portanto devem sofrer a constante reformulação, com a devida cautela como medida preventiva visando evitar o cometimento de disparates, notadamente em se tratando de significantes

³¹⁹ Ibidem, p. 46.

³²⁰ Idem.

³²¹ Ibidem, p. 73.

³²² Termo usado por Paulo Freire. Foi utilizado para designar o processo educacional tradicional ou clássico, onde os alunos não possuem nenhum conteúdo epistemológico. Aliás, o aluno deveria estar despido de qualquer conteúdo, uma vez que era comparado a um recipiente vazio. De outra parte, o professor, detentor de todo conhecimento, caberia a responsabilidade de repassá-lo ao aluno, “enchendo o recipiente”, através do mero repasse de saberes. Na educação bancária, o professor está acima do aluno, é considerado o ‘dono da verdade’. As experiências dos alunos não podem ser aproveitadas no processo educacional, pois é inferior – não são consideradas como ‘saber’ propriamente dito. A proposta educacional de Paulo Freire é desafiadora, na medida que propõe a substituição do modelo educacional clássico pela educação libertadora, onde aluno e professor estabelecem uma relação de troca de experiências, propiciando a criação de terreno fértil destinado a alcançar a ‘conscientização’ indispensável no processo de transformação da realidade social. FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 23ª. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

afetos a *res publica*, cujos efeitos ecoam em maior extensão em face do interesse público inerente.

A posteridade aguarda a superação ou a transformação do modelo clássico que não dá conta de toda a realidade social, que demanda o abdicar de categorias ultrapassadas, com a conseqüente adoção do novo que surge no horizonte – pequeno, tímido, mas com a energia do jovem, mensageiro do novo tempo. Não se pretende definições perenes, absolutas e imutáveis; almeja-se simplesmente reconstruir com os olhos voltados para o futuro sem descuidar do passado. Desta forma vale a advertência: aceitando-se a hipótese de que “conceitos que estão pré-colocados para a compreensão; estão pré-postos para a aferição da aptidão de se manusear esses conceitos”³²³, estar-se-á concebendo equação invertida, contraposta a finalidade do Direito, pois são os conceitos que devem submeter-se à realidade, e não o contrário.

Portanto, mais do que nunca, se torna cogente construir um ponto entre o momento inicial e as novas possibilidades (factibilidade) - as potencialidades daquilo que não é, mas que pode ser.

4.2 Os princípios constitucionais da Administração Pública

Proceder-se-á cotejo entre os princípios constitucionais afetos à Administração Pública e sua imprescindibilidade, destinando-se a construir alicerce fundante para ética na esfera administrativa, ou seja, o princípio da moralidade administrativa, da legalidade, da eficiência, da publicidade e da impessoalidade, trazendo à lume algumas considerações ‘en passant’ sobre a re-leitura indispensável que o tema merece, ultrapassando as concepções positivistas, para reconhecer o caráter normativo dos princípios.

Na contemporaneidade, as constituições instituíram-se como referencial de todo ordenamento jurídico vigente. Trata-se de instrumento vetor da legislação infraconstitucional e ordenadora da sociedade:

³²³ FACHIN. Op. cit., p. 196.

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício de poder, transformando as potestades em autoridades, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador³²⁴.

Este aparato, que além de conter um mínimo necessário a garantir a dignidade da pessoa humana e ter pretensão “emancipatória”³²⁵, inovou, assentando o entendimento de que regras e princípios gozam, igualmente, de densidade normativa – são espécies do gênero “norma”³²⁶. A distinção entre ambas não é tarefa tranquila³²⁷, na medida que gera diversas controvérsias. Todavia, a doutrina tem acolhido o entendimento no sentido de proceder a distinção baseada, principalmente, nas teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. A diferença está depositada na solução dada à cada uma, onde, “as regras são aplicadas de forma disjuntiva, sendo analisada a questão da validade, enquanto os princípios tem peso ou ponderação de valores envolvidos. Assim, diante de conflito de regras, entra em vigor a lógica do “tudo ou nada” (uma exclui a outra) e, no caso de conflito de princípios, sucede a possibilidade de ponderá-los diante do caso concreto, posto que realizado

³²⁴ CLÈVE. Op. cit., p. 22.

³²⁵ Clemerson Merlin Cleve assenta seu entendimento sobre o conteúdo emancipatório asseverando sobre seu caráter compromissório popular. CLÈVE. Op. cit.

³²⁶ CANOTILHO. Op. cit., p. 166.

³²⁷ Luís Roberto Barroso estabelece duas categorias: norma-princípio e norma-disposição para representar a disposição expressa e os princípios (in BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1999). Paulo Bonavides afirma que princípios e regras constituem parte jurídica e dogmática do sistema de normas. Assim, cada autor desenvolve suas concepções de acordo com sua convicção pessoal (in BONAVIDES. Op. cit).

balanceamento de valores. Desta forma, à grosso modo, enquanto as regras trazem à baila a discussão sobre validade, os princípios suscitam pesos³²⁸.

Os princípios gozam de superioridade axiológica material e restam por predeterminar o conteúdo de todo ordenamento jurídico³²⁹. Daí decorre a incontroversa força normativa que sujeita a todos. A integralidade do sistema jurídico posto torna-se poroso diante dos princípios constitucionais; os valores eleitos pela sociedade permeiam a integralidade do ordenamento jurídico – eis sua natureza jurídica. Os princípios, por estabelecerem diretrizes de fundamentalidade ao sistema, constituem-se no filtro por onde os demais ordenamentos necessariamente devem passar³³⁰, mantendo, desta feita, a unidade do sistema, além de vinculá-los aos princípios catalogados na Carta Maior. No dizer de Agustín Gordillo,

Essa supremacia da Constituição, que ninguém discute, não é, sem dúvida, moral ou ética: trata-se de uma supremacia jurídica, o que explica por que uma lei ou um ato administrativo, que são expressões da vontade coativa do estado, podem perder validade e imperatividade em alguns casos³³¹.

³²⁸ Canotilho apresenta diversas diferenças entre regras e princípios: os princípios tem caráter de fundamentalidade do sistema, natureza normogenética, proximidade com a idéia de Direito, convivem entre si diante de situações conflituais, não prescrevem condutas, configuram-se em *standards*. As regras, por sua vez, fixam normativas definitivas, prescrevem imperativos de conduta e a convivência entre regras em conflito é antinômica – se uma é válida é porque não é, uma regra exclui a outra. Em relação aos princípios, a convivência em situação conflitual será regida pela ponderação dos princípios incidentes ao caso concreto, visando harmonização perfeita dos valores envolvidos na consecução da justiça – haverá preponderância de princípios e não invalidade. CANOTILHO. Op. cit.

³²⁹ ROCHA. *Princípios Constitucionais...* Op. cit., p. 25. No entanto, não significa que os princípios constitucionais sejam superiores, no plano hierárquico-normativo, que as regras, encontrando-se no mesmo plano. Tal superioridade somente pode ser atribuída axiologicamente.

³³⁰ Cármen Lúcia Antunes Rocha considera como função positiva aquela derivada dos princípios constitucionais que possibilita afirmar conteúdos do regramento jurídico (inclusão) e, negativa, o óbice ao ingresso de conteúdos normativos incompatíveis (exclusão). ROCHA. *Princípios Constitucionais...* Op. cit., p. 28.

³³¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª, Buenos Aires: FDA, 1998, p. 94.

O conteúdo do princípio não se exaure na expressão literal contida no texto constitucional; trata-se, pois de “significado preliminar”, que se desdobra, fazendo espargir seu substrato por toda a Constituição, de diversas maneiras³³².

Em relação à Administração Pública, a incidência dos princípios torna-se ainda mais intensa, uma vez que existe rol dirigido à ordenação da atividade administrativa, graças aos avanços legislativos constatados especialmente na Constituição Federal de 1988, quando a Administração Pública consolidou sua constitucionalização³³³, adquirindo tratamento sistemático. Os princípios arrolados no art. 37, *caput*, também denominados “princípios constitucionais especiais da Administração Pública”³³⁴ formam “núcleo básico regulatório da Administração Pública Brasileira”³³⁵ e, como tal, estabelecem “a base normativa fundamental do regime jurídico administrativo”³³⁶.

Os princípios constitucionais fazem-se impregnar na ordem jurídica vigente e gozam de primazia no sistema constitucional em face da hierarquização axiológica³³⁷. No entanto, oportuna a advertência: deverão ser interpretados em cotejo com os demais princípios – nunca isoladamente – já que a vinculação é relativizada diante da mitigação e mútua influência de uns sobre os outros.

³³² Humberto Ávila exemplifica a assertiva com o princípio da moralidade que se desdobra em: (1) estabelecimento de valores fundamentais, como dignidade, justiça, igualdade; (2) instituição de um modo objetivo e impessoal de atuação baseado no Estado de Direito, separação de poderes, legalidade, impessoalidade; (3) criação de procedimento de defesa dos direitos do cidadão através do controle da atividade administrativa, da ação popular; (4) criação de requisitos para ingresso na função pública por meio de concurso público, proíbe autopromoção; (5) instituição de mecanismos de controle da atividade administrativa como controle dos atos do Tribunal de Contas, entre outros. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

³³³ ROCHA. Princípios Constitucionais... Op. cit., p. 65.

³³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 151.

³³⁵ VASCONCELOS, Edson Aguiar. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Forense, p. 208.

³³⁶ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, p. 87.

³³⁷ FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 10.

Instituindo-se como normas abertas, os princípios constitucionais reclamam maior diligência do intérprete objetivando o não cometimento de arbitrariedades³³⁸. Para apreensão do conteúdo axiológico dos princípios, há que se observar determinados preceitos hermenêuticos³³⁹, como a unidade da Constituição Federal, o efeito integrador, a máxima efetividade, a concordância prática, a conformidade funcional, entre outros. O processo hermenêutico constitucional ocorre em três dimensões: prevalência da Constituição Federal buscando não contrariá-la, conservação das normas desde que seja possível interpretação conforme a Constituição e, exclusão de interpretação conforme mas *contra legem*, pois não se pode contrariar o sentido da norma. Emerson Gabardo propõe que a interpretação constitucional sujeite-se ao princípio da ótima concretização da norma³⁴⁰, o qual extrapola a simples submissão conceitual, sem olvidar que “uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animavam seus autores”³⁴¹.

Desta forma, mister se faz que a primazia efetiva dos princípios constitucionais permeie a mente dos administradores e controladores, constituindo-se num empreendimento cultural premente diante da realidade em vigor³⁴², uma vez que “o resgate da imperatividade constitucional é instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições”³⁴³. Cabe assinalar, no entanto, acerca da necessidade de ultrapassar a mera exegese da dogmática positivista e avançar no estabelecimento de marcos teóricos que respondam às necessidades sociais, provocando a reflexão crítica e apontando para “conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma”³⁴⁴ – ou seja, destinadas à ‘concretização constitucional’³⁴⁵.

³³⁸ BACELLAR FILHO, Princípios, p. 143.

³³⁹ CANOTILHO. Op. cit., p. 226.

³⁴⁰ GABARDO. Op. cit., p. 86.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

³⁴² FREITAS. Discrecionabilidade. Op. cit., p. 14.

³⁴³ BARROSO. Op. cit., p. 284.

³⁴⁴ Ibidem. p. 104.

³⁴⁵ Barroso utiliza o termo “concretização constitucional” significando o “tirar conclusões a

4.3 Ética e Moralidade Administrativa

É inevitável a relação imediata que se estabelece entre ética e moralidade administrativa. Comumente, ética e moral são tratadas como sinônimos, no entanto, talvez a inadequada associação se dê em razão de ambas versarem sobre o comportamento humano. De maneira bastante simplista, cabe distinção rápida, somente para recuperá-la, pois o tema já foi tratado (parte 1): a ética consiste num direcionador do agir humano, é teórico e marcado pela generalidade, destinado a promover a reflexão e a justificação dos princípios que edificam a vida moral. Já a moral é prática e específica, altera-se de acordo com as transformações e variações que se sucedem na vida em sociedade.

Há distinção, também, em relação aos termos moral e moralidade, os quais não são unívocos, apesar de tradicionalmente serem usados em substituição ao outro. A moral versa sobre o conjunto de princípios e regras que visam regular os comportamentos humanos, é normativo, ao passo que a moralidade consiste nas relações efetivada em concreto, é real - a moralidade consiste na moral posta em ação. Trata-se, portanto de duas esferas diversas, inobstante a similitude – a moral se verifica no plano prescritivo/normativo e, a moralidade no concreto ou real³⁴⁶.

O alarido conceitual ocorre também no sistema jurídico, onde inadvertidamente, se reduz a ética ao princípio da moralidade administrativa, insculpido expressamente no artigo 37 do texto constitucional. Subsumir a ética ao princípio da moralidade administrativa constitui-se num contra-senso. Não que a moralidade administrativa esteja relegada ao segundo plano, de somenos importância. Mas, trata-se de reducionismo imperdoável restringir o conteúdo da ética ao referido princípio.

respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma". BARROSO. Op. cit., p. 104.

³⁴⁶ VÁSQUEZ. Op. cit., p. 65-66.

4.3.1 Reflexões sobre a autonomia do princípio constitucional da moralidade

Atualmente, existem mediações versando sobre a autonomia ou não do princípio³⁴⁷ da moralidade³⁴⁸. A opinião de Carolina Zancaner Zockun é no sentido de que o princípio da moralidade, apesar de expresso no texto constitucional, só faz sentido diante do princípio da legalidade – consiste num princípio intrinsecamente vinculado à legalidade, sendo inconcebível a apropriação de regras da moral comum a subsidiar materialmente o princípio jurídico em questão, sob pena de se negar o próprio objetivo do Direito³⁴⁹.

Tal entendimento deriva, sobretudo, da concepção que compreende a moralidade como elemento integrante da legalidade administrativa, porquanto relacionada à finalidade do ato administrativo. Assim, averiguado desvio de finalidade estaria configurada a imoralidade. Hauriou³⁵⁰ concebia que a legalidade dos atos jurídicos administrativos seria verificável em face da violação da lei; todavia, a conformidade destes atos aos princípios da boa administração, imprescindível às decisões administrativas, seria averiguável através do desvio de poder, cujo âmbito de análise caberia à moralidade administrativa³⁵¹. Nesse sentido,

³⁴⁷ Ricardo Marcondes Martins assenta seu entendimento no sentido de que a moralidade administrativa não se constitui num princípio, mas numa regra de estrutura, pois trata-se de uma determinação à Administração para que se conduza de maneira proba e honesta, não havendo espaço para ponderar até que ponto deve ser honesta e agir com boa-fé. Trata-se de uma prescrição impositiva que não admite ponderação. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 323.

³⁴⁸ O princípio da moralidade, inicialmente esteve preso ao da legalidade, dele derivando em razão de se compreender que a moralidade somente poderia ser verificável quando da análise da finalidade do ato administrativo. A imoralidade tinha sua origem diante da existência do desvio de finalidade verificado em concreto. A discussão nasceu no momento em que a moralidade tomou assento constitucional como princípio da Administração Pública.

³⁴⁹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. "Princípio da Moralidade – algumas considerações". PIRES. Op. cit., p. 38-39.

³⁵⁰ A definição de Maurice Hauriou para moralidade administrativa: "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". ROCHA, Princípios... Op. cit., p. 187.

³⁵¹ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo. V. 25, p. 457, jul/set., 1951.

Comete imoralidade mediante desvio de finalidade, o agente que pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência. Veja-se bem que a imoralidade aí é um elemento interno da legalidade, nada tendo a ver com a ética mas ampla que fundamenta a responsabilidade da ação política³⁵².

Esta posição é combatida por diversos autores³⁵³, os quais assentam seu posicionamento na direção de formar princípio autônomo, com eficácia plena e efetiva, dada sua natureza principiológica. E não poderia ser diferente, sob pena de aviltamento da unidade e supremacia do texto constitucional³⁵⁴. Destarte, por se constituir numa prescrição normativa apregoada no texto constitucional, a valoração do comportamento administrativo à luz do princípio da moralidade administrativa vai além da mera apreciação superficial acerca da utilidade das ações praticadas pelo agente – ultrapassa a seara da finalidade do ato, não obstante ser imprescindível estar envolto pelos valores ínsitos, proclamados a servir de base fundante da sociedade brasileira no seio constitucional.

Esta configuração, contudo, não implica numa alteração externa face a estrutura jurídica-normativa, mas a incidência de parâmetros morais a orientar a ação finalisticamente. E não poderia ser diferente, pois para o exercício do controle da Administração Pública carece de parâmetros morais. Não se trata de uma moral comum, posto que não conserva afinidade com a índole do homem ou com uma moral comum, maculada pela liberdade individual³⁵⁵; mas, outrossim, pertence ao sistema moral fechado, ainda que derivado dos grupos sociais (que em última análise, se articula à moral comum)³⁵⁶, posto que

³⁵² SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1982, p. 12.

³⁵³ Autores como Weida Zancaner, Egon Bockmann Moreira, Celso Antônio Bandeira de Melo, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Juarez Freitas, entre outros.

³⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. PIREs. Op. cit. p. 99-101.

³⁵⁵ ROCHA. Princípios...Op. cit., p. 192.

³⁵⁶ Segundo Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, há duas espécies de moral, a aberta, de caráter individual e a fechada, de natureza social, onde a moralidade administrativa se enquadraria. BERTONCINI. Op. cit., p. 106.

“reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta”³⁵⁷.

O conceito de “princípio jurídico em branco”³⁵⁸, enquanto disciplina deôntica que exige complementação, representa, com sensatez, uma concepção aberta à moralidade administrativa, que não é aprisionada pela moldurada da definição *a priori* do dispositivo legal. Desta forma, há que se reconhecer a autonomia jurídica do princípio da moralidade, sob pena de banir-se a eficácia de um princípio constitucional expreso. Não se trata de “um mero princípio geral, mas um princípio fundamental”³⁵⁹. Neste sentido:

O princípio da moralidade é uma norma jurídica positivada ao nível constitucional e assim deve ser compreendida como integrante do sistema constitucional brasileiro, no qual as normas explicam-se umas às outras e assim celebram a harmonia e unidade da constituição³⁶⁰.

Portanto, resta vencida a questão responsável pela inquietude preambular referente ao princípio da moralidade administrativa, compartilhando-se do pensamento preponderante que o avista como princípio autônomo em relação aos demais integrantes do sistema jurídico vigente. Desse princípio sucede dois subprincípios, o da probidade administrativa³⁶¹ e o da boa-fé³⁶².

³⁵⁷ ROCHA. Princípios...Op. cit., 191.

³⁵⁸ Trata-se de conceito adotado por Marçal Justen Filho (in JUSTEN FILHO. Marçal, posição compartilhada por Egon Bockmann Moreira (in MOREIRA. Op. cit.).

³⁵⁹ FREITAS, J. “Princípio da moralidade administrativa”. PIRES. Op. cit., p. 202.

³⁶⁰ MOREIRA, E. “O princípio da moralidade e seu controle objetivo”. PIRES. Op. cit., p. 101.

³⁶¹ FREITAS, J. Princípio da moralidade administrativa. In PIRES. Op. cit.,

³⁶² GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública. São Paulo: Malheiros, 2002.

4.3.2 Aspectos da moralidade administrativa

Quando da análise do caso concreto avaliado sob o prisma do princípio da moralidade administrativa, dois aspectos devem ser considerados - o objetivo e o subjetivo. Sob o aspecto objetivo relacionam-se a regras éticas objetivadas³⁶³, ou seja, preceitos qualificados como honestos ou probos, relacionando-se a comportamentos que podem afrontar a moralidade administrativa. Neste plano, a intenção do agente, que é de caráter subjetivo, é de somenos importância, uma vez que a Administração Pública deverá pautar sua atuação orientada por padrões estabelecidos pela comunidade, sintetizado por Giacomuzzi no princípio da boa-fé³⁶⁴. Sob o manto dessa perspectiva,

A moralidade administrativa imputa essas regras éticas à Administração Pública: não diz respeito àquilo que se costuma fazer, mas àquilo que se espera que se faça, tendo em vista o juízo objetivo da sociedade sobre o certo e o honesto³⁶⁵.

O aspecto subjetivo diz respeito às pessoas que desempenham o múnus público. Além da atuação objetiva da Administração Pública enquanto pessoa jurídica faz-se necessário que o agente se ajuste a padrões éticos, que tenha retidão de conduta, com vistas a evitar o desbordamento comportamental dos agentes públicos. Como o aspecto subjetivo alude ao sujeito, importante esclarecer que a moralidade administrativa não se constitui numa exigência imposta somente aos agentes públicos, mas é dever de todos, independentemente da natureza da relação jurídica entabulada – quer seja pública ou privada. Corolário, inquestionável a sujeição do privado ao princípio da moralidade administrativa, conforme advertência:

[...] tal princípio determina que se trata a outrem do mesmo modo que se apreciaria se tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e

³⁶³ MARTINS, R. Princípio da moralidade administrativa. In PIRES, Op. cit., p. 326.

³⁶⁴ GIACOMUZZI. Op. cit..

³⁶⁵ MARTINS, R. “Princípio da moralidade administrativa”. In PIRES. Op. cit., p. 321.

intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base da orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar [...] ³⁶⁶

O viés subjetivo da moralidade administrativa se mostra como a obrigação dos agentes públicos de comportar-se em conformidade com as regras éticas (não só o Estado, enquanto pessoa jurídica), donde deriva outro subprincípio – a probidade administrativa, que veda atos desonestos ou desleais, não só decorrentes da inobservância por parte da Administração Pública, mas também, pelos particulares.

A abordagem torna-se fundamental na medida em que esclarece algumas feições próprias à moralidade administrativa, eis que tanto o aspecto objetivo quanto o subjetivo devem passar pelo crivo da moralidade, sem o qual a atuação administrativa resta imoral, pois:

Ainda que o agente esteja de boa-fé, é possível que a conduta se revele desleal, desonesta, objetivamente em descompasso com regras éticas; ainda que a conduta atenda (ou pareça atender) ao interesse público, é possível que o agente, motivado por corrupção, perseguição, compadrio, se revele desonesto, subjetivamente em descompasso com as regras éticas ³⁶⁷.

Portanto, mesmo “que a ação do agente público não cause qualquer dano material ao erário, nem enriquecimento ilícito, a violação grave cometida contra princípio da moralidade já possui o condão de configurar a improbidade administrativa” ³⁶⁸. Não basta o respeito às normas éticas estabelecidas ou a intenção de buscar concretizar o interesse público, outros valores morais devem ser agregados visando a interpretação do princípio da moralidade para além do positivismo enclausurante, e, então, conduzir às transformações

³⁶⁶ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.

³⁶⁷ MARTINS, R. “Princípio da moralidade administrativa”. PIRES, Op. cit., p. 326.

³⁶⁸ FREITAS, J. Princípio da moralidade administrativa. PIRES. Op. cit., 198.

necessárias ao Direito rumo ao desenvolvimento humano ao qual se dirige a atividade administrativa. Em síntese:

A moralidade administrativa, enquanto imposição do dever de observância das regras objetivas, possui viés objetivo, impõe à Administração Pública o dever de ser leal, íntegra, honesta, e viés subjetivo, impõe ao agente público o dever de ser honesto.³⁶⁹

A moral administrativa constitui um conjunto de normas que definem comportamentos, os quais devem ser acatados pelos agentes públicos, originando o valor confiança. O significado do princípio da moralidade consiste no estabelecimento de rigoroso padrão de conduta³⁷⁰, que requer postura exemplar e comportamento compatível com a lealdade e boa-fé:

[...] o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.³⁷¹

Destarte, os fundamentos para ética na Administração Pública devem estar orientados para os mesmos fins do Estado Democrático de Direito, conforme retratado na Constituição Federal, portadora de valores ínsitos de confiança, honestidade, lealdade, boa-fé, com vistas a concretizar garantias e direitos fundamentais, bem como os direitos sociais prestacionais, mesmo porque os padrões comportamentais serão definidos pela sociedade, devidamente contextualizada no tempo e espaço. Neste sentido a afirmação:

A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade

³⁶⁹ MARTINS, R. "Princípios da moralidade administrativa". In PIRES. Op. cit. 326.

³⁷⁰ ÁVILA. Op. cit., p. 76.

³⁷¹ Ibidem, p. 77.

administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado³⁷².

Assim, diante da crise moral que a sociedade enfrenta, propiciada, principalmente pela busca de resultados imediatistas, êxitos exclusivamente econômicos, satisfação dos interesses individuais em detrimento dos coletivos, onde o mercado tornou-se “semi-deus” intocável – acima do bem e do mal, falar em ética tornou-se moda – especialmente quando práticas corruptas avançam na sociedade. Todavia, a ética não pode ser uma reação à corrupção, por se constituir numa desnaturação da potestade pública, a qual, no lugar de exercitar-se com equidade, justiça e critérios de bem estar coletivo, restam por realizar fins próprios, particulares ou de um grupo³⁷³.

4.4 Princípio da Legalidade

Capitulado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da legalidade constitui a pedra angular do Estado de Direito³⁷⁴, desempenhando papel fundamental, uma vez que submete a atuação estatal e o cidadão aos limites instituídos pelo Direito, com vistas a impedir o cometimento de arbitrariedades ou abuso de poder, opondo-se “a todas as formas de poder autoritário”³⁷⁵.

³⁷² ROCHA. Princípios... Op. cit., p. 191

³⁷³ ARAÑA. Op. cit., p. 32

³⁷⁴ Há autores que tem utilizado a expressão ‘Estado Constitucional’ ou ‘Estado de Direito Constitucional’ em substituição ao ‘Estado de Direito’, para designar o Estado subsumido a ordem constitucional e não ao Direito de qualquer ordem, mas orientado, dirigido pela Constituição Federal. Trata-se de movimento de ‘constitucionalização’ do Direito, cujo deve submeter-se a sistema jurídico constitucional. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003.

³⁷⁵ MELLO, Op. cit., p. 100.

Trata-se do princípio nuclear do regime jurídico administrativo, servindo de “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania”³⁷⁶, em consonância com o estabelecido na máxima “todo poder emana do povo”. Entretanto, para Cármen Lúcia Antunes Rocha, há equívoco na expressão, pois o poder ‘não deixa o povo’ e, deveria ser proclamada da seguinte forma: “o poder encontra-se sediado permanentemente no povo”³⁷⁷.

A compreensão conceitual do princípio da legalidade não é uníssona. A divergência entre os autores se estabelece na medida em se propõe seu alargamento ou restrição.

A corrente que entende ser conveniente a concepção restrita, como Canotilho, assenta sua posição no fato de que a Administração Pública está vinculada aos ditames constitucionais não por via do princípio da legalidade e sim em decorrência do princípio da constitucionalidade; não havendo possibilidade de tratar ambos os princípios como sinônimos, já que a legalidade pressupõe o domínio da lei como conteúdo, também denominado princípio da reserva legal³⁷⁸. Esta opinião é compartilhada por Romeu Felipe Bacellar Filho, especialmente quando procede a seguinte indagação:

A adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria constituição de 1988. o primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesses abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despido de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública. Afinal, o que sobraria pra os demais?³⁷⁹

Por outro lado, Cármen Lucia Antunes Rocha, além de entender que o princípio da legalidade demanda acepção alargada, também tem preferência

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ ROCHA, op. cit., p. 240-241.

³⁷⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 361-371.

³⁷⁹ BACELLAR FILHO. Princípios ..Op. cit., p. 160.

pela utilização da expressão "juridicidade", vez que não se refere apenas à legalidade, não podendo se limitar à especificidade da lei formal por não abarcar a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em todo seu conteúdo. Portanto, resta por adotar a expressão juridicidade, vai muito além da legalidade³⁸⁰. Para a autora, o Estado de Direito não implica tão-somente na existência de um sistema jurídico aplicado, mas sim de Estado onde o conceito de direito signifique a instrumentalização da busca concreta da Justiça material para o povo. A noção de Estado de Direito formal deve ser conjugada à de Estado de Direito material a fim de que se alcance a concretização da justiça material, sempre ligada à segurança jurídica que o sistema de direito garante ao indivíduo. Desta forma, restaura-se a trilogia firmada nos elementos Justiça material (como fim último das organizações políticas), Justiça formal (como dado de segurança jurídica do indivíduo) e Justiça eficaz e eficiente (para que a materialização da justiça seja pronta na medida da necessidade do ser humano que deve ser atendida).

Todavia, oportuno trazer à lume a apreciação realizada por Romeu Felipe Bacellar Filho, ressaltando que a adoção do sentido ampliado possibilita confusão entre legalidade e constitucionalidade, o que é inaceitável sob a perspectiva da hierarquia das fontes do direito³⁸¹.

Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar, Celso Antonio Bandeira de Mello, Juarez Freitas, entre outros, permanecem utilizando a expressão "legalidade", contudo, atribuem significado claro ao princípio, esclarecendo que não seria o único comando vinculativo do agir administrativo, pois a lei não é

³⁸⁰ ROCHA. Princípios.... Op. cit., p. 81-82 . Para a autora, não se trata de adotar meramente a expressão juridicidade em substituição a legalidade, mas, outrossim, opera-se uma transformação não só acerca do conceito do princípio, mas do seu significado e, em especial, do seu conteúdo, deixando de ser apenas condição e limite, mas fundamento e conteúdo validador do comportamento administrativo. Consiste numa nova proposta: a passagem do Estado de Direito formal para o material, uma vez que a justiça meramente formal, não foi suficiente para garantir o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais formalmente assegurados e reconhecidos como fundamentais. Daí a necessidade do surgimento do Estado de Direito material no qual o conceito e a realização concreta da Justiça buscam tornar eficazes os direitos fundamentais consagrados no sistema jurídico. A lei continua sendo elemento de segurança jurídica dos indivíduos, mas deixou de ser considerada um fim, ou a única fonte do Direito, vez que não assegura a justeza do sistema.

³⁸¹ Segundo o entendimento do autor esta hipótese desvirtua o sistema jurídico vigente, na medida em que, na pirâmide normativa, coloca blocos distintos no mesmo plano hierárquico.

considerada a única fonte do Direito (embora se revele a principal delas) e, portanto, o administrador público não se submete apenas à lei, mas ao Direito, que pode ser instrumentalizado por outros meios que não somente pela lei formalmente considerada:

Em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei³⁸².

Apesar das divergências apontadas, existe concordância no que diz respeito à imperiosa vinculação ao princípio: não obriga o Estado em sua atividade administrativa, mas todas as funções estatais, já que se trata de um princípio-garantia do cidadão³⁸³, com conteúdo positivo e negativo³⁸⁴. No Brasil, afigura-se como direito fundamental do indivíduo inserido no art. 5º, II da Carta Fundamental.

Considerar somente a legalidade formal é insuficiente diante da pretensão intrínseca à Constituição Federal, qual seja a construção de uma sociedade justa centrada na dignidade da pessoa humana. Portanto, forçoso se torna concebê-la também no seu aspecto substancial ou material, já que é nesta perspectiva que a factibilidade pode ser verificada. Contudo, a subordinação ao princípio da legalidade não deve ocorrer irrestritamente, pois:

A vinculação cega, fruto tardio e irrealista da racionalidade monológica, nada serve ao acatamento dos princípios constitucionais. Na realidade o agente público tem sim, o

³⁸² MELLO. Op. cit., p. 100.

³⁸³ Para Cármen Lucia Antunes Rocha, o princípio da legalidade ou da juridicidade articula-se como direito fundamental do indivíduo, assentando-se no dever de respeito pela Administração Pública. ROCHA. Princípios....Op. cit., p. 104-105.

³⁸⁴ De acordo com o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, sob aspecto positivo obriga o Estado a atuar segundo e pelo Direito. No sentido negativo, fixa os limites ao poder estatal, delimitando o campo de atuação. Já para Renato Alessi, o sentido positivo, a lei vinculará a atividade administrativa indicando-lhe uma finalidade específica ou os meios e forma para consecução de um fim; já no aspecto negativo, pode estabelecer proibição em relação a finalidade, meio ou forma do desempenho da atividade, mas sempre tendo a lei como seu referencial (In ALESSI, Renato. Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 1949, p. 16).

magno dever de rejeitar a ordem manifestamente contrária às diretrizes axiológicas superiores do ordenamento, algo que supõe liberdade e juízos de valor³⁸⁵.

O princípio da legalidade juntamente com outros princípios irão promover os direitos fundamentais, além de conciliar os interesses públicos e privados, sem esquecer que somente o Direito é insuficiente para abranger toda atuação do funcionário público, com vistas a enquadrá-la nos cânones da boa administração, tornando-se imperioso que, no contexto de crescente complexidade, a legalidade esteja integrada à eficácia e a valores próprios do serviço administrativo³⁸⁶. Há que se exercitar “uma inafastável permeabilidade do jurídico em face de argumentações marcadamente morais, que façam expandir a noção de juridicidade”³⁸⁷

Jaime Rodriguez-Araña assevera que a crise do princípio da legalidade e do modelo clássico contribuiu, sobremaneira, para a degradação ou desnaturação do princípio da legalidade, em virtude do declínio de velhas técnicas de organização administrativa baseada no modelo weberiano e na gestão mediante procedimentos rígidos, os quais sujeitavam a Administração Pública ao princípio³⁸⁸. Mas, ainda permanece como princípio basilar da atuação administrativa, devendo ultrapassar seu aspecto meramente formal e estrito para harmonizar-se com os demais princípios buscando materializar o interesse público.

4.4.1 A juridicidade como proposta

A proposta teórica³⁸⁹ de Cármem Lúcia Antunes Rocha afigura-se sedutora, merecendo a abordagem de alguns aspectos específicos. Sugere a

³⁸⁵ FREITAS, J. Discricionariedade... Op. cit., p. 09.

³⁸⁶ ARAÑA. Op. cit., p. 290.

³⁸⁷ FREITAS, J. Discricionariedade... Op. cit., p. 200.

³⁸⁸ ARAÑA. Op. cit., p. 268.

³⁸⁹ A abordagem prevê o alargamento do princípio da legalidade, denominando-o de princípio da juridicidade. ROCHA. Princípios... Op. cit.

necessária harmonização entre a hipótese prevista no sistema jurídico e a atuação estatal. Vale dizer: o Direito tem que ser o mesmo, seja no momento em que se põe pela norma positivada, seja quando é concretizado em seu conteúdo – a relação estática que se verifica na legislação deve ser congruente com a dinâmica que ocorre na administração.

Quem está sujeito à lei não é a Administração Pública, mas o administrador, pois está obrigado e conformar toda a sua atuação segundo o que estiver posto e disposto no sistema jurídico, sendo de somenos importância sua fonte formal, pois de acordo com a juridicidade, a conformação deve ocorrer em relação a todo o ordenamento que compõe o sistema jurídico e não só à lei formal, ainda que se afigure como o principal instrumento de manifestação do Direito. Assim, em que pese a exigência de lei formal para validar o agir administrativo (só há possibilidade de atuação administrativa nos casos em que haja permissão legal), quando houver a necessidade de peculiarizar as diretrizes legalmente definidas, na forma e limites aí estabelecidos, surgirá a esfera de criação infralegal³⁹⁰.

Encontram-se compreendidos no princípio da juridicidade, além da lei formal, as medidas provisórias, atos regulamentares, tratados internacionais, princípios gerais de direito e os contratos administrativos, pois vinculam a atuação administrativa³⁹¹.

A teorização nomeada acaba por esclarecer a controvérsia existente em relação às medidas provisórias que, a exemplo das leis formais, inovam a ordem jurídica, introduzindo restrições a direitos e liberdades públicas fundamentais e, mesmo constituindo-se em exceção ao princípio da legalidade formal, não podem se situar fora do campo da juridicidade administrativa, que abarca todos os atos que compõem o sistema normativo vigente. Portanto, no sistema brasileiro, muito embora com natureza jurídica distinta da lei, as medidas provisórias devem ser consideradas como uma regulação jurídico-normativa - não estão à margem do sistema jurídico – devendo ser observadas pelo administrador³⁹².

³⁹⁰ Ibidem, p. 115-118.

³⁹¹ Ibidem, p. 119.

³⁹² Ibidem, p. 121-124.

De forma idêntica ocorre em relação aos regulamentos, que configuram atos administrativos infralegais, expedidos no exercício de uma competência executiva específica, com a finalidade de dar plena aplicabilidade à norma legal que lhes antecede, constituindo-se, ao mesmo tempo, como elemento fundante e limitador. Trata-se da competência regulamentar da Administração Pública que se circunscreve à função de dar execução plena à lei, ou seja, produzir efeitos jurídicos e sociais. Neste caso específico, não há que se falar em inovação da ordem jurídica, na medida em que a regulamentação sempre se cumpre nos limites dispostos na lei regulamentada. No exercício da competência regulamentar da Administração Pública, inexistente discricionariedade, pois há que se respeitar os limites estabelecidos na lei formal, sob pena de cometimento de ilegalidade³⁹³.

Quanto aos atos e tratados internacionais, estes estariam abarcados pelo princípio da juridicidade na medida em que passam a integrar o ordenamento jurídico do país. Os princípios gerais de direito afiguram-se como balizadores para do comportamento administrativo comprometido com o desempenho reto e justo da atividade estatal³⁹⁴.

4.4.2 A legalidade como orientação ética

Dessume-se, pois, que o princípio da legalidade ou da 'juridicidade' institui-se como elemento indispensável à configuração dos fundamentos éticos a balizar a atuação administrativa. Tal fato decorre do regime jurídico administrativo, sob o aspecto positivo, isto é, a atuação administrativa destinada a consecução do interesse público, deve observar a regra de fazer somente o que está permitido legalmente. A legalidade desempenha o papel de parâmetro verificador da atuação destinada a concretizar o interesse público, que deverá permear a Administração Pública. Óbvio que não se trata de considerar somente o princípio da legalidade como guia orientativo, pois nem tudo que é legal é ético. E nem poderia, pois a fundamentação ética necessita

³⁹³ Ibidem, p. 124-126.

³⁹⁴ Ibidem, p. 126

de outros valores para além da legalidade estrita, sob pena de se construir alicerce ético positivista ou legalista, insuficiente diante da pluralidade contemporânea.

4.5 Princípio da Eficiência

Introduzido no texto constitucional através da Emenda n. 19/98 como princípio expresso, sua definição não é uníssona entre os autores, admitindo inúmeras interpretações, que podem variar em razão da perspectiva adotada.

Também não há convergência sobre a autonomia da eficiência enquanto princípio expresso. Enquanto diversos autores³⁹⁵ entendem que se trata de princípio constitucional expresso com autonomia e conteúdo jurídico; para outros não se afigura como princípio independente, justificando tal posicionamento no argumento de que sua essência não é jurídica (o princípio democrático estaria assentado em um núcleo político, o princípio da moralidade num fundamento ético³⁹⁶, etc). Tal assertiva é combatida por Emerson Gabardo, especialmente quando da visita aos outros princípios constitucionais, pois, nesta perspectiva, a grosso modo, somente o princípio da legalidade seria remanescente. Assim, há que se concordar com o substrato teórico apontado no sentido de reconhecer que “a eficiência, como princípio administrativo expresso, tem a função de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso das suas prerrogativas”³⁹⁷.

No mesmo sentido, manifesta-se a doutrina internacional, como Agustín Gordillo, para quem a eficiência

³⁹⁵ Se inserem neste posicionamento Romeu Felipe Bacellar, Filho, Carmem Lucia Antunes Rocha, entre outros.

³⁹⁶ Egon Bockmann Moreira assevera que a eficiência, mesmo sendo princípio jurídico não haveria necessidade de ser alçado à condição de norma constitucional. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo e Princípio da Eficiência*. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo ANDRÉS (coords.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124.

³⁹⁷ GABARDO. Op. cit., p. 96.

Constitui-se num novo princípio de direito administrativo supranacional, [...] especialmente em matéria de contratações públicas [...] impõe uma obrigação de resultado, qual seja, a eficiência no gasto ou inversão pública na contratação estatal [...] e gera responsabilidade [...] em direito administrativo interno e internacional³⁹⁸.

Como princípio constitucional, não pode ser interpretado isoladamente, pois só encontra respaldo quando ponderado em conjunto com os demais princípios que orientam a atuação estatal. Por ser princípio expresso, possui função positiva e negativa. No aspecto positivo, influencia a elaboração de outras normas, embasa decisões e interpretações; no negativo, rejeita valores contrários ao princípio. Portanto, indiscutível que não se pode renegar a autonomia do princípio da eficiência, bem como sua autoridade, dada sua inserção no rol de princípios administrativos expressos na Constituição Federal, pois,

Enquanto produto do exercício da competência reformadora, o princípio constitucional da eficiência deve ser interpretado e aplicado, observando-se o núcleo constitucional integrante das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º.). Daqui, emergem duas consequências: i) o princípio constitucional da eficiência deve sofrer um processo contínuo de interpretação conforme a constituição, a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental, ii) respeitado o limite anterior, o princípio constitucional da eficiência ao interagir, principalmente, com os demais princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade – participará do mecanismo das deslocções compreensivas e da ponderação a ser levada a cabo na aplicação dos princípios ao caso concreto³⁹⁹.

As tentativas de se atribuir uma definição pronta, acabada e exata ao princípio em questão não restam em êxito, pois se trata de conceito

³⁹⁸ GORDILLO, Tratado..., p. 11-17 XVI.

³⁹⁹ BACELLAR FILHO. Princípios..., Op. cit., p. 194.

indeterminado, merecendo destaque à algumas noções que o cercam, possibilitando, desta feita, melhor entendimento conceitual.

O termo guarda relação íntima com outras expressões como eficácia e efetividade⁴⁰⁰. No entanto, não podem ser tomadas como palavras sinônimas, onde a eficácia estaria ligada a fatos e atos e a eficiência aos efeitos pretendidos ou ao cumprimento das metas propostas⁴⁰¹. Já no dizer de Egon Bockmann, a eficácia administrativa estaria atrelada à potencialidade de concreção dos fins preestabelecidos, enquanto eficiência administrativa, ao cumprimento do interesse público com mínimo de ônus social⁴⁰². Para Claus Offe, a eficiência diz respeito ao alcance das metas e a efetividade, ao atingimento das metas com os menores custos⁴⁰³. Em resumo, os meios estão jungidos à eficiência e os fins à eficácia.

Com vagar, se aponta, sob o ponto de vista prático, tratar-se de princípio cujo exame encontra alguns empecilhos. Não obstante o embaraço inicial constatado, evidentemente que tal fato não pode representar óbice à aplicabilidade principiológica ou implicar na ausência de juridicidade do princípio.

Via de regra a eficiência está ligada a conceitos atrelados à economicidade e celeridade. Juarez Freitas entende que o princípio da eficiência está vinculado ao princípio da proporcionalidade, como também o aponta como sinônimo do princípio da economicidade⁴⁰⁴ - compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública. Isso se deve ao fato da eficiência comumente estar atrelada à idéia economicista. Contudo, tal concepção é demasiada reducionista⁴⁰⁵, e

⁴⁰⁰ A Constituição Espanhola refere-se a “eficácia” para designar o que a Constituição Brasileira denominou eficiência.

⁴⁰¹ GABARDO. Op. cit., p. 24-26.

⁴⁰² SUNDFELD. Op. cit.

⁴⁰³ Apud Claus Offe. GABARDO. Op. Cit. p. 26.

⁴⁰⁴ FREITAS, J. Discrecionariade.... Op. cit., p. 73.

⁴⁰⁵ Este laço entre eficiência com o referencial econômico pode ter surgido em decorrência do discurso disfarçado da otimização de custos e contenção de gastos, produzido pela ideologia neoliberal, que foi assumido pelo Estado brasileiro através do Plano Diretor Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da inserção na Carta Fundamental (EC 19/98).

deve ultrapassar as fronteiras do campo econômico, para alcançar a concepção de “otimização da ação estatal”⁴⁰⁶. Afigura-se a necessária “racionalização como processo de busca do modo ótimo (sentido idealístico), ou melhor modo possível (sentido utilitarista)”⁴⁰⁷. Em síntese:

O princípio da eficiência administrativa é setorial, pois refere-se exclusivamente à Administração Pública, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional⁴⁰⁸.

Destarte, o fato de se estar defronte a um “megaprincípio” ou princípio “de caráter polifacetado”⁴⁰⁹, configura-se num óbice intransponível para acolher somente o sentido econômico, pois este não é suficiente para preencher de conteúdo o significado do princípio constitucional⁴¹⁰. Até porque, quando da análise da efetividade do princípio da eficiência no caso concreto, este não pode aviltar outro princípio, sob pena de ferir o regime democrático de direito, conforme afirmação:

Quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.⁴¹¹

Aliás, o mote difundido pela reforma administrativa brasileira, com

⁴⁰⁶ FREITAS, J. Discrecionariade... Op. cit., p. 73.

⁴⁰⁷ GABARDO. Op. cit., p. 27.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 89.

⁴⁰⁹ Idem.

⁴¹⁰ BERTONCINI. Op. cit., p. 123.

⁴¹¹ GABARDO. Op. cit., p. 97.

vistas à passagem para o modelo gerencial, através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, lançado em 1995, foi a eficiência⁴¹². Corroborando tal assertiva, note-se o conteúdo estampado na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 19/98:

Incorporar a dimensão de eficiência na Administração Pública: o aparelho do estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte;

Enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

Pois bem! Pretendia-se flexibilizar o regime jurídico administrativo visando a obtenção de resultados concretos, com o atingimento de metas estabelecidas por meio de acompanhamento de desempenho. O discurso legitimador da visão gerencial, estava repleto de alusões no sentido de que o regime público se afigurava como óbice à obtenção de resultados na esfera pública, representando peça fundamental da reforma administrativa⁴¹³. Nesse sentido, oportuna a citação feita por Mateus Bertoncini:

Louvável a pretensão governamental de implementar a eficiência como um dos princípios fundamentais da atuação estatal, inadequada foi a pretensão do Governo de se fundamentar as reformas, sob o falso argumento de que sem elas não haveria governabilidade, de que sem elas a Constituição de 1988 impediria o funcionamento do Estado Brasileiro.⁴¹⁴

⁴¹² O sexto caderno do ministério da Administração Federal e Reforma do Estado estabeleceu que “o objetivo da reforma é permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão mais serviços, com maior qualidade”. Cadernos MARE da Reforma do Aparelho do Estado, p. 07.

⁴¹³ BACELLAR FILHO. Princípios.... Op. cit., p. 194.

⁴¹⁴ BERTONCINI. Op. cit., p. 117.

A alocação constante da exposição de motivos e os argumentos esposados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado sugerem que o valor eficiência estivesse alheio à Administração Pública brasileira até a vigência da Emenda Constitucional 19/98. Pelo contrário, encontrava-se inserido através do Decreto-lei 200/67, o qual submetia a Administração Pública ao controle por resultados (art. 13 e 25, V).

A expressão, na esfera privada está ligada a programas desenvolvidos buscando a 'qualidade total', cujo objetivo é estabelecer padrões de produção eficientes – maximizando a produção com menor custo, em suma, 'fazer mais por menos'. Evidente que os deslumbrantes argumentos invadiram a esfera pública, quando foram importados os conceitos aplicáveis às empresas privadas para o setor público, que, graças a somatória de circunstâncias sociais vivenciadas (diminuição do Estado, reforma administrativa, invasão do espaço público pelo privado, entre outras), facilitaram sobremaneira a adoção, sem nenhuma crítica ou adaptação, do modelo de qualidade total das empresas para o âmbito público.

Conclusão: com a promessa de dar concretude ao princípio da eficiência, vários setores da Administração Pública buscaram implementar a Certificação ISO⁴¹⁵, nos moldes empresariais, como se tal modelo de gestão certificada concedesse imunidade em face da ineficiência. Ledo engano. Alguns programas de qualidade total foram implementados e não impediram episódios envolvendo corrupção, merecendo destaque situações como a do TRT da Paraíba e do TC/SP⁴¹⁶.

⁴¹⁵ O termo utilizado refere-se a *International Organization for Standardization* - Organização Internacional de Normalização. Trata-se de organização não-governamental, fundada em 1947, com sede em Genebra, na Suíça, que visa estabelecer normas que representem e traduzam o consenso dos diferentes países do mundo. A ISO 9001:2000 é uma norma internacional que fornece requisitos para o Sistema de Gestão da Qualidade (SGQ) das organizações, com objetivo de conferir maior confiabilidade aos produtos e serviços na perspectiva de que atendam as expectativas dos clientes. Faz parte de uma série de normas, geralmente denominadas, coletivamente, de "Série ISO 9000". Informações obtidas no site: www.iso.org, em acesso realizado em 23 de fevereiro de 2009.

⁴¹⁶ Emerson Gabardo cita duas situações em que houve certificação ISO 9001, nos moldes apregoados pela ciência da administração: o Tribunal do Trabalho da Paraíba, que recebeu o certificado de qualidade total e, ainda assim, houve má gestão dos recursos públicos. Outro caso diz respeito ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que destinou inclusive estrutura organizacional, criando comitês específicos para acompanhar a implantação da qualidade total e, não obstante, vivenciou o descrédito perante a sociedade em razão do escândalo com o ex-prefeito Celso Pitta. GABARDO. Op. cit., p. 64.

Recentemente, em janeiro/2009, a Prefeitura Municipal de São Paulo, através da Subprefeitura Jabaquara, teve o processo de atendimento ao munícipe certificado pela ISO 9001:2000, cujo objetivo foi padronizar os procedimentos de trabalho visando a melhoria do sistema de gestão da qualidade. O celebrado evento mereceu a seguinte declaração do Subprefeito presente ao ato:

Hoje, estamos concretizando mais uma etapa na busca pela excelência na gestão. A certificação ISO 9001:2000 é um avanço na relação cidadão/poder público, pois significa mais respeito, dignidade, ética, moralidade, impessoalidade, transparência, eficiência e excelência. A definição de metas claras é crucial para a execução de bons projetos⁴¹⁷.

Dessume-se, pois, que a consolidação da eficiência na Administração Pública passa por outro viés, diferente da qualidade total lançada pelas empresas. O setor público deve observar a eficiência sim, mas com fundamento diverso, contextualizado em conjunto com os demais princípios constitucionais, posto que não é válido sobrepor um deles em detrimento de outro ou, considera-lo isoladamente, mesmo porque há cedência recíproca entre os princípios, ou seja, a concretização ponderada dos princípios constitucionais se dará em razão apresentarem idêntica hierarquia⁴¹⁸.

Salutar a observação realizada por Alexandre Moraes, para quem, a eficiência refere-se à forma de realizar uma tarefa, tem um caráter finalístico buscando um resultado específico e, portanto, não se coaduna com a idéia privatista de qualidade⁴¹⁹. Até porque, não se trata meramente de inobservar regra básica estabelecida pelo programa de “qualidade total”, mas a violação do princípio da eficiência implica necessariamente que os meios escolhidos foram impróprios ou inadequados, ainda que os fins tenham sido atingidos. Portanto, não só os fins devem ser considerados, mas os meios são

⁴¹⁷ Informação obtida através do site:
<http://portal.prefeitura.sp.gov.br/noticias/ars/jabaquara/2009/01/001>, em consulta realizada no dia 16 de março de 2009.

⁴¹⁸ CANOTILHO. Op. cit., p. 190.

⁴¹⁹ MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2006.

fundamentais quando da análise da eficiência frente à prestação de serviços administrativos, vedando-se todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou as escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor⁴²⁰ (a escolha ótima).

Trata-se de equívoco imperdoável acreditar que a flexibilização do procedimento administrativo pode servir de justificativa para obtenção da eficiência, pois abdicar do controle procedimental não solucionará os problemas da administração pública. Pelo contrário, é justamente na observância das regras procedimentais que se encontra a segurança necessária para a consecução dos interesses públicos. Na busca pela eficiência, a avaliação de desempenho do servidor passa, necessariamente, pelo processo administrativo disciplinar, que constituirá o molde formal de atuação nesta seara⁴²¹.

Diante do sentimento de insatisfação geral manifestada pela sociedade frente a atuação estatal, aos desavisados, as causas podem ser atribuídas à burocracia ou ao regime jurídico administrativo; todavia, a elucidação é pertinente: a insatisfação geral decorre da corrupção, do nepotismo, da fisiologia e má utilização de recursos públicos, ou seja, da falta de ética na Administração Pública, tão comuns nos tempos atuais.

4.5.1 A ética e o princípio da eficiência

Da mediação realizada, verifica-se que a ética deve permear o princípio da eficiência, o qual não pode aviltar o núcleo constitucional centrado na dignidade da pessoa humana sob o argumento de obtenção de resultados, a qualquer custo. A escolha a ser realizada pelo ocupante de cargo público deve ser balizada por padrões éticos assentes nos valores estabelecidos pelo texto constitucional, que se destinam a orientar a direção nomeada para o atingimento do benefício coletivo, sem olvidar a indisponibilidade e a

⁴²⁰ GABARDO. Op. cit., p. 74.

⁴²¹ BACELLAR FILHO. Princípios...p. 196.

supremacia do interesse público. Portanto, supõe a existência de alguns elementos indispensáveis à edificação da eficiência:

[...] a geração de ambiente institucional favorável a parceiros produtivos, com redução dos entraves oriundos da quebra reiterada de confiança.

[...] pressupõe, sem tardar, a continua sinergia entre as políticas públicas e o estabelecimento pactuado de metas e resultados.

[...] pressupõe a criatividade, a inovação e a sólida resistência às pressões espúrias do imediatismo, além da translucidez e controle social em matéria de orçamento público⁴²².

Ressalta-se que o controle constitucional e principialista impõe o dever de escolher bem, o que “demanda uma reestruturação das estratégias de governança, fazendo-as criativas, transparentes e simplificadas. Tudo para não sucumbir às ciladas da licenciosidade personalista ou da escravidão às paixões das vantagens indevidas”⁴²³. Cabe enfatizar que a “ineficiência e a ineficácia da gestão pública tem a ver com as crônicas disfunções da mentalidade ética, que tem impedido o Estado Brasileiro de ser o grande indutor do desenvolvimento humano”⁴²⁴.

Os resultados obtidos pela atuação administrativa devem estar revestidos pelo manto da eticidade, pois o desempenho da Administração Pública não pode ser mensurado simplesmente por meio de regras aritméticas ou, então, reduzido a equação de “Pareto” – estes modelos se mostram insuficientes para estabelecer uma métrica de eficiência social, vez que a ‘rentabilidade’ empresarial não dá conta de responder às questões sociais. Decorre daí, a necessidade da eficiência estar inspirada em fundamentos éticos adequados à realizar a pretensão do ideal traçado pela Constituição Federal.

Através do desenvolvimento de trabalho eficaz e eficiente, centrado no respeito aos cidadãos e não somente na economia de recursos, Jaime

⁴²² FREITAS, J. Discrecionariade. Op. cit., p. 18

⁴²³ Ibidem, p. 13.

⁴²⁴ Ibidem, p. 14.

Rodríguez-Araña entende ser indispensável que a Administração Pública crie um ambiente salutar de sensibilidade humana e de crescente humanização da realidade⁴²⁵, aproximando-se do cidadão para prestar serviço de qualidade. Não basta somente a eficiência técnica, sendo imprescindível a eficiência humana⁴²⁶.

O processo de implantação de novas tecnologias voltadas à obtenção de qualidade devem ter sua essência definida a partir do respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana⁴²⁷.

Weber temia que a burocracia extrapolasse o “âmbito da eficiência técnico-administrativa, para converter-se em aparato de determinação dos fins estatais”⁴²⁸. Por isso, a racionalização dos procedimentos é necessária visando a obter maior eficiência; no entanto, veda-se, de plano, a ofensa a outros princípios em nome da economia de recursos. Daí decorre a essencial necessidade de se cotejar o princípio da eficiência com os demais, com vistas a impedir deturpações conceituais.

Precisa é a afirmação de Emerson Gabardo, demonstrando a possibilidade de mitificação da eficiência:

[...] nesta sociedade de aparências, o manager nada mais é do que um organizador de espetáculos, que apesar da abundância de informações, inibe a comunicação. Busca-se incessantemente a mudança, para que tudo fique como está, sem que sejam atacados os reais problemas. Assim, é que o princípio da eficiência transforma-se em mito: uma mera representação dentro de um espetáculo maior, cujo título é o neoliberalismo e o cenário, a pós-modernidade.⁴²⁹

⁴²⁵ ARAÑA. Op. cit., p. 33.

⁴²⁶ Ibidem, p. 26.

⁴²⁷ Ibidem, p. 274.

⁴²⁸ Apud ARGUELLO. Op. cit., p. 86.

⁴²⁹ GABARDO. Op. cit., p. 72.

4.6 O princípio da Impessoalidade

Inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade decorre do Estado de Democrático de Direito, que é desprovido de feições e não admite a personalização do Poder⁴³⁰.

Três posicionamentos distintos buscam construí-lo conceitualmente. Uma primeira corrente entende que a impessoalidade equivale ao princípio da finalidade. Adeptos deste posicionamento teórico entendem que se trata de acepções sinônimas, pois como a Administração Pública visa o interesse coletivo, sua atuação não deve conter preferências pessoais ou subjetivas⁴³¹. A segunda comunga do entendimento de que igualdade e impessoalidade são indicativas da mesma coisa, em razão do contido no art. 5º, *caput* do texto constitucional. Esta é a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello, esclarecendo que “tal princípio não é senão o próprio princípio da igualdade”⁴³².

As críticas realizadas a ambas assentam-se no fato se verificar a supressão de princípio constitucional expresso. Daí, advir o surgimento de outra corrente, afirmando que o princípio da impessoalidade tem conteúdo próprio. Nesse sentido, oportuna a ressalva de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

conquanto a impessoalidade seja princípio muito próximo ao da igualdade, e que com ela atina, desenvolvendo-se o seu conteúdo e finalidade diferentes do que pelo princípio da igualdade se expressa.

O princípio da igualdade objetiva não discriminar, não distingue onde razões de justiça concebidas e acatadas pela ordem de Direito não existam.[...]

O princípio da impessoalidade administrativa objetiva, basicamente, não permitir que o administrador se privilegie, pois deste privilégio do agente público nasce o prejuízo de toda a sociedade. A relação principal enfatizada na impessoalidade é a do agente administrativo com a Administração Pública e, em especial, com o Poder Público, no exercício do qual todos os privilégios podem ser angariados

⁴³⁰ ROCHA. Princípios... Op. cit., p. 146.

⁴³¹ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

⁴³² MELLO. Op. cit., p. 114.

por maus agentes⁴³³

Portanto, prescreve o princípio da impessoalidade a proibição ao subjetivismo do agente no desempenho das funções estatais⁴³⁴. No dizer de Lúcia Valle Figueiredo,

A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político⁴³⁵.

Desta forma, a pedra angular do princípio da impessoalidade é a neutralidade e objetividade, não havendo espaço para preferências pessoais, personalismos ou subjetividades. A opinião de Mateus Bertoncini encontra-se consolidada neste substrato:

[...] devendo o servidor despir-se de humores e sentimentos que possam interferir no bom desempenho da atividade funcional, pois na relação jurídica que se firma entre a entidade pública e o administrado-cidadão não deve interferir o eventual interesse político ou pessoal do agente público em beneficiar ou prejudicar determinado administrado⁴³⁶

Na atuação estatal, o princípio da impessoalidade pode se manifestar de diversas maneiras: nos processos licitatórios, nos concursos públicos, no processo administrativo disciplinar, especialmente no modelo de administração pública burocrática. Aliás, “uma forma de garantir impessoalidade, tanto na definição de procedimentos e funções, quanto na escolha das pessoas

⁴³³ ROCHA. Princípios... Op. cit., p. 153.

⁴³⁴ Na expressão precisa de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o conteúdo jurídico é o “despojamento da pessoa pública de vontade que lhe seja enxertada pelo agente público”. ROCHA, op. cit., p. 150.

⁴³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.

⁴³⁶ BERTONCINI. Op. cit., p. 103.

destinadas a concretiza-las é o modelo burocrático, que centraliza as decisões⁴³⁷, pois o controle do agente pode ser conseguido pela previsão legal das ações. Quando a atividade que não estiver vinculada legalmente, deverá ser controlada via poder hierárquico, o qual pressupõe:

- 1) controle eficiente a partir da autoridade
- 2) distinção entre o papel dos funcionários e dos políticos
- 3) crescente normalização das funções a serem desempenhadas quanto mais houver avanço à base do quadro
- 4) preferência por normas suficientemente claras para serem compreendidas e aplicadas imediatamente por todos⁴³⁸

Descurar deste princípio constitucional macula a validade do comportamento administrativo, tornando-o viciado, pois atinge, em regra, dois elementos externos do ato administrativo, quais sejam, o motivo e a finalidade⁴³⁹. Em relação ao motivo, verifica-se que o *input* ensejador da prática do ato não é o interesse público, mas sim, a vontade pessoal do agente. Quanto à finalidade, de forma idêntica, não é o atingimento de interesses da coletividade, já que visa um fim particular.

Os aviltamentos mais comuns deste princípio constitucional⁴⁴⁰ podem ser constatados em práticas como:

a) nepotismo⁴⁴¹: (do latim *nepos* – neto ou descendente) trata-se de

⁴³⁷ GABARDO. Op. cit., p. 38.

⁴³⁸ Silve Trosa apud GABARDO. Op. cit., p. 38.

⁴³⁹ ROCHA. Princípios... Op. cit., p. 156. A autora assevera que a prática de atos marcados pela pessoalidade, manifesta-se, em geral, por autoridade competente e de forma válida. O que invalida o ato é o vício insanável da subjetividade do agente que pratica o ato, desvirtuando-o frente ao sistema.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 158-169. A autora cita algumas formas de manifestação prática de afronta ao princípio da impessoalidade.

⁴⁴¹ O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13 vedando o nepotismo: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo ou direção, de chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta ou indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados e dos

prática onde os agentes públicos, valendo-se da sua posição, concedem favores, benesses e cargos a pessoas ligadas a eles por laços afetivos (parentes e amigos) e, mundialmente, está atrelado à corrupção;

b) partidarismo: o que diferencia do nepotismo é a natureza do elo ensejador da prática – neste caso, é a ligação político-partidária entre o agente público e a pessoa beneficiada;

c) pessoalidade administrativa e elaboração normativa: trata-se de prática onde a produção de normas e regulamentos trazem determinados privilégios à categorias específicas, como por exemplo, majoração de salários de servidores públicos;

d) promoção pessoal: esta categoria de prática é bastante usual na esfera política, onde os agentes, sob o pretexto de divulgar informações públicas, acabam promovendo campanhas publicitárias com vista à autopromoção, utilizando recursos públicos. Utilizam marcas, jingles e slogans propagando marcas pessoais de campanha.

4.6.1 Ética e princípio da impessoalidade

Destarte, a impessoalidade configura em requisito indispensável para o estabelecimento de padrões comportamentais que se prestem a fundamentar o alicerce ético para Administração Pública, tendo em mente que a impessoalidade desempenhará papel instrumentalizador, junto com a moralidade e a publicidade, no exercício de atividades dirigidas ao interesse da coletividade⁴⁴², posto que, no regime democrático de direito não se admitem privilégios quando do trato da coisa pública, sob pena de manutenção do estamento burocrático, um dos elementos causadores do descrédito estatal vigente. Em essência, “tudo que desborde da neutralidade, objetividade e interesse do público é inválido constitucionalmente pela agressão a este

Municípios, compreendendo o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

⁴⁴² MEDAUAR. Op. cit., p. 126.

princípio”⁴⁴³. Deve estar claro ao agente público de que seu labor deverá ser presidido sob a égide de que trabalha para os demais e que, portanto, seu comportamento deverá estar pautado na objetividade, neutralidade, imparcialidade e integridade, com vistas a solucionar os problemas de forma justa e equânime⁴⁴⁴.

Corolário, atuar com boa-fé, lealdade e honestidade é dever da Administração Pública dirigida a todos os cidadão, indistintamente, pois, diante da pretensão constitucional de que “todos são iguais perante a lei”, qualquer atuação no sentido contrário caracterizará comportamento anti-ético à luz da Constituição Federal.

4.7 Princípio da Publicidade

Figurando no rol dos princípios constitucionais expressos, no art. 37 *caput*, o princípio da publicidade está ligado diretamente com a transparência estatal, cuja vinculação jurídica é obrigatória – trata-se de norma principiológica derivada do Estado Democrático de Direito⁴⁴⁵, constituindo-se na essência da República⁴⁴⁶. Deve-se entendê-lo de forma ampliada, visto que vai além da divulgação oficial de informações estatais – refere-se a disponibilização de informações a todos o tempo todo.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a falta de limites bem definidos ou bem respeitados entre o público e o privado, no desempenho estatal das atividades administrativas, justifica a inclusão expressa da publicidade como princípio constitucional”⁴⁴⁷

⁴⁴³ ROCHA. Princípios... Op. cit., p. 169.

⁴⁴⁴ ARAÑA. Op. cit., p. 35.

⁴⁴⁵ ROCHA. Princípios..Op. cit., p 239-242.

⁴⁴⁶ BERTONCINI. Op. cit., p. 112.

⁴⁴⁷ ROCHA. Princípios..., Op. cit., p 242.

Da publicidade deriva a eficácia dos atos, contratos e procedimentos, ou seja, em determinados casos, o atuar administrativo somente poderá produzir efeitos no mundo jurídico após a publicação, conforme preceituado pelo dispositivo legal. Em suma, afigura-se como requisito da eficácia de situações específicas, cuja ausência poderá ensejar a nulidade do ato.

Trata-se de princípio positivo, isto é, prescreve uma conduta para a ação estatal – dever da publicidade, cuja inobservância constitui grave ofensa ao ordenamento jurídico, implicando, por si só, ato de improbidade administrativa que atenta contra o princípio da Administração Pública, conforme estabelece o art. 11, IV da Lei n. 8429/92⁴⁴⁸.

Portanto, a publicidade é a regra e o segredo é a exceção. A situação limite de excepcionalidade encontra preceito no próprio texto constitucional, no art. 5º., XXXIII, quando destinada à imprescindível segurança da Sociedade e do Estado ou diante do direito à privacidade, à honra, à imagem e outros de natureza privada onde o sigilo deve predominar sobre a publicidade. No mais, vigora a publicidade para todos os âmbitos da atividade administrativa, não se admitindo documentos sigilosos na Administração Pública. Assim, “o campo da publicidade encontra-se definido, portanto, a partir do campo do segredo. Ambos estão delimitados constitucionalmente. A publicidade é regra, o segredo, exceção”⁴⁴⁹. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello,

trata-se de um dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, pois não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida⁴⁵⁰.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, o princípio da publicidade “é

⁴⁴⁸ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
IV – negar publicidade aos atos oficiais;

⁴⁴⁹ BACELLAR FILHO, Princípios..., p. 185.

⁴⁵⁰ MELLO. Op. cit., p. 114.

responsável pela realização da isonomia”, uma vez que a *res publica* demanda transparência⁴⁵¹.

Por consequência, deve-se conceder sentido amplo ao princípio da publicidade. Não basta a garantia de publicidade estar estampada na letra da lei (previsão meramente formal). Na contemporaneidade, a publicidade deve assumir o caráter material, ou seja, deve ser efetiva, na medida em que disponibiliza instrumentos aptos a viabilizar o exercício da cidadania através da participação popular. Desta feita, qualquer pessoa (física ou jurídica), ainda que privada, que manuseie recursos públicos, desenvolva atividades públicas ou prestem serviços públicos, deverá dar publicidade da destinação destes valores, cuja finalidade será oportunizar o controle sobre a atuação administrativa por qualquer cidadão⁴⁵². Corolário, “o servidor público não pode mais camuflar-se sob o manto da conveniência e do segredo administrativo – a transparência é exigência do exercício da cidadania”⁴⁵³.

Por outro lado, não se pode confundir o princípio da publicidade com propagação de atos ou campanhas de promoção pessoal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. A publicidade assenta-se no núcleo do interesse público⁴⁵⁴ ao passo que a propagação de atos e campanhas publicitárias tem a finalidade de atender o interesse individual da pessoa que ocupa o cargo – representa abuso do ocupante de cargo público. Logo, a publicidade deve ser impessoal, derivando, daí, a proibição de uso de marcas, símbolos e outros que dizem respeito à promoção pessoal ou que tenham caráter publicitário com viés político-partidário.

Portanto, trata-se de princípio poroso, que será permeado pelos demais; aliás, somente através da publicidade é possível aferir a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência.

⁴⁵¹ FIGUEIREDO. Op. cit., p. 60.

⁴⁵² Exemplo da aplicação do princípio da publicidade quando da prestação de serviço público por empresa privada: concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica que tem sua tarifa definida através de procedimento público, que inclui audiência pública na área de concessão e as bases do reajuste são publicados e disponibilizados a qualquer cidadão. Pode ser consultado no site www.aneel.gov.br.

⁴⁵³ BACELLAR FILHO. Princípios..., Op. cit., p. 185.

⁴⁵⁴ A ANEEL regulamenta e fiscaliza os valores que podem ser gastos com informações/publicidade aos usuários para que tal custo não seja repassado aos usuários com vistas à consecução da modicidade tarifária.

Assim, a transparência como regra cogente adquire feição que extrapola a publicidade obrigatória como observação de prazos, formalidades e procedimentos específicos, devendo alcançar, inclusive, a disponibilização de informações. A exigência assume maiores proporções quando se tem à disposição a rede mundial de computadores – a internet, que se consolidou como instrumento de comunicação bastante acessível, sendo possível estampar quaisquer tipos de informações sobre a coisa pública. De sorte que, inobstante alguns atos adquirirem eficácia através da publicação no órgão oficial (Diário Oficial), imperioso que sejam disponibilizadas nos sites oficiais informações suficientes para permitir o controle pela sociedade. Não se trata de transparência meramente formal, mas o conteúdo das informações devem ser claras, com mínimo de informação que viabilizem a oposição ou o questionamento, ou seja, “tudo deve ser feito sob a visibilidade do sol do meio-dia”⁴⁵⁵, para resguardar a Administração Pública do risco de corrupção – se não imuniza, pelo menos acautela⁴⁵⁶.

4.7.1 Ética e a publicidade

Inquestionável que o exercício da cidadania passa pela apreciação e avaliação sobre a destinação dada aos recursos públicos ou à *res publica*. Para viabilizar este julgamento, imperioso que as informações estejam acessíveis e isto inclui não só as publicações obrigatórias por força de lei, mas todas as informações, inclusive àquelas de somenos importância, uma vez que o juízo de valor será realizado pelo cidadão, não cabendo ao administrador, aprioristicamente, proceder valoração sobre o que é importante divulgar ou não. Desta forma, “o exercício ético do poder exige que todas as informações sobre o comportamento público dos agentes sejam oferecidas ao povo”⁴⁵⁷.

A transparência gera confiança dos cidadãos em relação às

⁴⁵⁵ FREITAS, J. Discrecionariade... Op. cit., p. 56.

⁴⁵⁶ BACELLAR FILHO. Princípios..., Op. cit., p. 184.

⁴⁵⁷ ROCHA. Princípios..., Op. cit., p. 241.

organizações públicas, com pretensão de torná-la acessível a todos. Trata-se de valor ético de correspondência jurídica⁴⁵⁸. Portanto, a edificação do embasamento ético para Administração Pública deve atentar para a publicidade, haja vista que a averiguação acerca do cumprimento de outros princípios constitucionais passam, necessariamente pelo princípio da publicidade, inferindo importância singular na eticidade que deve revestir a atuação administrativa, resguardando o direito ao governo ético e à administração honesta⁴⁵⁹.

4.8 Direito Fundamental à Boa Administração Pública

Impossível fazer menção à ética sem tocar em tema que guarda tão próximo liame quanto o princípio da boa administração. Juarez Freitas, em recente obra, lista a boa administração pública como direito fundamental do cidadão.

Trata-se de acepção inspirada no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice⁴⁶⁰. De origem italiana, no Brasil, o princípio da boa administração pública resta ligado ao da eficiência. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo, já tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”⁴⁶¹.

O relevo do tema pode ser averiguado quando da análise da sua abrangência conceitual:

⁴⁵⁸ ARAÑA. Op. cit., p. 290.

⁴⁵⁹ ROCHA, Princípios... Op. cit., p. 242.

⁴⁶⁰ Carta dos direitos fundamentais da União Européia (2002). Texto integral pode ser consultado no site: [www. Europol.europa.eu/charter](http://www.Europol.europa.eu/charter).

⁴⁶¹ MELLO. Op. cit., p. 122.

Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissiva, a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem⁴⁶².

Reúne o catálogo de princípios implícitos e explícitos à Constituição Federal, responsabilizando o administrador público pela conduta comissiva ou omissiva, vinculando-o ao direito fundamental dos cidadãos ou ao plexo de direitos sintetizado num único princípio – o da boa administração⁴⁶³.

No Direito italiano, foi tratado por Guido Falzone, onde define a ‘boa administração’ como o modo mais congruente, mais oportuno e mais adequados aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto⁴⁶⁴. Dessume-se, pois, que diante do caso concreto, onde o administrador deve proceder à escolha ótima, só existe uma alternativa excelente, sob a ótica da ‘boa administração’. O gestor resta vinculado a eleger a melhor opção dentre todas as possibilidades – este é seu papel diante do princípio da boa administração pública.

O Estado assume a obrigação, por força do princípio da boa administração pública, de exercer o poder discricionário de maneira absolutamente responsável, ou seja, é compelido a escolher bem, ou no dizer de Juarez Freitas:

[...] avaliar e escolher, no plano concreto as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa

⁴⁶² FREITAS, J. Discricionarietà....Op. cit., p. 20.

⁴⁶³ Idem.

⁴⁶⁴ FALZONE, Guido. Il Doveri di buona Amministrazione. Milão: Giuffrè, 1953.

administração pública⁴⁶⁵.

A construção e consolidação do regime democrático passa necessariamente pelo princípio da boa administração pública, em decorrência de constituir-se em norma implícita de direta e imediata eficácia no sistema constitucional brasileiro – incumbência que o administrador público não pode se furtar. Até porque, a relação publicista “reclama ser aperfeiçoada com objetivo de estimular o reconhecimento de elevados paradigmas éticos”⁴⁶⁶

Nesta ordem de ideais, diferentemente do passado, a época atual convoca a sindicabilidade dos princípios constitucionais a desempenhar papel respeitável no sistema jurídico e no estado constitucional:

Em ambiente maculado, desde o período colonial, pela maciça exposição a métodos fisiológicos e até de sistêmica de corrupção, a sindicabilidade erguida no plano dos princípios fundamentais merece uma afirmação mais incisiva, afastados os paralisantes temores no tocante ao protagonismo dos controladores. Discrição não significa, no estado constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda que dissimulados em ideologia⁴⁶⁷.

Cogente o reconhecimento da necessidade de encontrar um sentido em outra perspectiva, onde o controle substancialista e principialista realiza o império da boa administração pública, tendo a eticidade como fio condutor a instrumentalizar a concretização dos valores efetivados no texto constitucional. Tal imposição deriva das recentes mutações ocorridas a reclamar visão e postura diferentes daquelas verificadas no passado, pois

[...] no mundo de transformações algo descontínuas, cabe ao legislador e ao administrador, em simultâneo, velar tanto pela continuidade formal como pela continuidade material do

⁴⁶⁵ FREITAS, J. Discrecionalidade....Op. cit., p. 22.

⁴⁶⁶ FREITAS, J. Princípios ...Op. cit., p. 202.

⁴⁶⁷ FREITAS, J. Discrecionalidade....Op. cit., p. 08.

sistema administrativo, antecipando-se a retrocessos em matéria de direitos fundamentais.

[...] o Estado Democrático jamais pode cumprir suas funções caso assumisse o status de instrumento imutável e alheio à dimensões contextuais...⁴⁶⁸

Desta forma, a pluralidade e complexidade contemporânea exigem diversas transformações, especialmente no campo do Direito, que vivenciou experiência diferente da requisitada pelos tempos atuais, tendo vigorado durante o positivismo a idéia de clausura dos fatos sociais aos imutáveis institutos jurídicos. É chegado o momento de ultrapassar esta concepção e aceitar alargamentos conceituais, sem esquecer que “a cooptação conceitual realizada pelo jurídico é desvelada pelo seu evidente substrato ideológico”⁴⁶⁹. Luiz Edson Fachin retrata esta circunstância:

[...] a compreensão de que a unidade conceitual não é necessariamente, o oposto da diversidade. Ela não deve ser a redução da pluralidade dos significados em uma leitura vertical e pontual. A visão da diversidade pressupõe o reconhecimento de algo diverso do outro, na medida em que sentidos autônomos⁴⁷⁰.

Portanto, o estímulo à reflexão acerca do substrato contido no conceito ‘boa administração’ é bastante apropriado, haja vista a incontestável conexão que se estabelece naturalmente com a ética, mesmo porque, “o Direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social”⁴⁷¹.

A humanização da Administração Pública carece da incorporação de valores que já se encontram catalogados no texto constitucional, gozam de constitucionalidade formal, mas, contudo, não se fazem presentes nas relações administrativas em concreto, ou seja, substancialmente não se acham materializadas. Há que se descobrir a maneira ideal de concretizar os princípios enfeixados na ‘boa administração pública’ face às peculiaridades da

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 108-109

⁴⁶⁹ FACHIN, Op. cit., p. 246.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 240.

⁴⁷¹ AMARAL NETO, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. Separata de: O Direito, Rio de Janeiro, a. 125, v. I-2, p. 81, 1994.

realidade pública brasileira, pois tentar “padronizar os fatos da vida real implica em negar-lhes sua especificidade concreta”⁴⁷².

Assim, o direito fundamental à boa administração pública é outra maneira de dizer “dignidade e desenvolvimento humano”⁴⁷³; é conceber um sistema jurídico centrado na dignidade da pessoa humana, é respeitar a base antropológica que alicerça a sociedade brasileira, refletida na Constituição Federal, que deve permear todas as relações tocadas pelo homem.

⁴⁷² FACHIN. Op. cit., p. 56.

⁴⁷³ FREITAS, J. Discrecionalidade... Op. cit., p.10.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Em vista da crise do sistema jurídico embasado na exegese, mister se faz que ocorra uma ruptura – o porvir aguarda a superação ou a transformação do modelo clássico que não dá conta de toda a realidade social. Há que se abandonar categorias ultrapassadas para assumir o novo que surge no horizonte – pequeno, tímido, mas com energia do jovem, mensageiro do tempo vindouro. Não se pretende definições perenes, absolutas e imutáveis; almeja-se simplesmente reconstruir com os olhos voltados para o futuro sem descuidar do passado, pois, "hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas"⁴⁷⁴.

Significa dizer que o operador jurídico, em qualquer campo que atue, desempenha papel fundamental neste transitar – constitui-se num agente transformador que participa de forma ininterrupta da reconstrução dos significantes à luz do movimento dinâmico da sociedade.

Ressalte-se que o conteúdo da moral comum se modifica de acordo com o movimento social diferentemente da moralidade administrativa, que não busca regular o comportamento comum do homem, mas, a conduta daquele que assume a responsabilidade de gerir a *res publica* e, como tal, a ele se estabelece um catálogo de princípios de cogente obediência. Portanto, comportamentos que ferem a moralidade pública serão considerados imorais em qualquer tempo, independentemente de estarem expressos em texto legal, uma vez que o interesse público é indisponível. Assim, a distinção é salutar e deve ser preservada.

Corolário, ética pública não se resume meramente ao bom uso do dinheiro público ou o uso abusivo (antítese do tema). Trata-se pois, de conceito teórico que deve ser posto em prática de maneira ampla, exigindo daqueles que ocupam cargos públicos a competência - além da meramente formal, restrita à atribuição protocolar delegada pela autoridade superior hierarquicamente. A competência requisitada é a substancial, ou seja, conjunto

⁴⁷⁴ FACHIN. Op. cit., p. 196.

de capacidades e habilidades necessárias ao desempenho de um múnus público específico, pois não basta somente a ‘boa intenção’ para promover ações destinadas ao alcance do interesse público. Reitera-se que a profissionalização do ocupante de cargo público constitui-se no diferencial necessário a disseminar padrões éticos que conduzam a melhoria da relação cidadão-Administração.

Mas, há que se alertar acerca da necessidade de estruturação das carreiras públicas, cuja ascensão se dê com base na ‘meritocracia’, ou seja, por mérito do agente e não por simples intervenções políticas-partidárias. Premente o estabelecimento de instrumentos aptos a mensurar o desempenho da atuação administrativas aliadas a capacitação especializada. Todavia, de nada adianta atitudes voltadas a esta finalidade “se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro”⁴⁷⁵.

Cabe lembrar, no entanto, ser de extrema valia a atuação dos funcionários orientados para a prestação do serviço administrativo, concebendo-o como o fim último de sua atuação e a razão de sua existência, o cidadãos. Corolário, torna-se fundamental a internalização da natureza que constitui a função pública, qual seja a concretização dos interesses da coletividade, do bem comum. Imprescindível a conscientização da função pública que está a desempenhar, bem como os desdobramentos e implicações que tal exercício demanda, pois na esfera pública não há espaço para interesse pessoal, discriminações e privilégios, próprios da vida privada.

A mera retórica revestida pelo véu do interesse público deve ser desvendada – o discurso deve ser coerente com a prática – deve haver congruência entre a proposta teórica e a *práxis*.

O campo da ética pública avança mais – dilata-se para abranger o ato de elaborar leis que guardem observância para além do necessário procedimento formal, compreendendo juízo de valor sobre o conteúdo, isto é, aparelhar o Estado de ordenamento jurídico coerente com a proposta

⁴⁷⁵ LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à reforma administrativa. São paulo: RT, 1998, p. 108.

constitucional de efetivar a justiça social⁴⁷⁶ e, quiçá, com pretensão libertadora⁴⁷⁷ e de bondade. É reconhecer e respeitar os limites do poder sem usurpá-lo, resguardando os direitos individuais e sociais; é concretizar os direitos fundamentais prestacionais. É agir com responsabilidade na comunicação e divulgação de informações de caráter público, sem que isto implique em autopromoção pessoal do agente público ou servir para campanha publicitária político-partidária ou de trampolim para finalidades eleitoreiras.

Alguns teóricos lançam torrentes críticas à burocracia, como se esta fosse a causadora de todos os males que permeiam a Administração Pública. Porém, o problema não está na racionalidade procedimental da burocracia, mas, isto sim, na autonomização e deturpação provocada pelo estamento burocrático, que não se confundem. O estamento burocrático, herdado desde o Império, acabou contaminando o ambiente público de forma assustadora. Ao senso comum, as fronteiras da moralidade restam diluídas, o que faz com que vigorem idéias que conduzem a exemplos não menos temíveis como “ele rouba, mas faz” ou “é normal empregar parentes e amigos em cargos públicos – qualquer um faria”.

A burocracia legitimada pelo procedimento institui-se como instrumento democrático necessário para viabilizar a participação do cidadão na gestão estatal, pois “através da procedimentalização da esfera administrativa, o direito de participação pode ser exercido na dimensão em que concretiza o princípio do Estado de Direito”⁴⁷⁸. Desta feita, além de garantir a participação popular, o procedimento burocrático atuará como veículo a assegurar o atingimento da moralidade pública⁴⁷⁹ e, via de consequência, institui-se como mecanismo de

⁴⁷⁶ John Rawls propôs a teoria da justiça social para construção das novas bases de uma sociedade bem ordenada e equitativamente justa, cujo fundamento está alicerçado na igualdade e na distribuição equitativa dos bens produzidos, garantindo condições mínimas de subsistência a todo cidadão. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Lisboa: Presença, 1993.

⁴⁷⁷ Enrique Dussel propõe a ética da libertação, veiculando uma articulação entre o critério de validade moral intersubjetiva e o critério de verdade prática de reprodução e desenvolvimento da vida humana. DUSSEL. Op. cit..

⁴⁷⁸ SCHIER, Adriana. A participação popular na Administração Pública: O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

controle da eticidade na esfera administrativa.

Nesse cenário, os princípios constitucionais desenvolvem função relevante, desempenhando o papel de veículos a realizar a travessia da sociedade brasileira – a construir um esteio ético que suporte o desenvolvimento humano salutar, que, indiscutivelmente deverá estar vinculado à sua essência, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana – valor escolhido legitimamente pela sociedade brasileira, pois, “reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta”⁴⁸⁰.

Todas as diretrizes fundantes da atuação administrativa encontram-se inseridas no texto constitucional que simboliza a feição social contextualizada no espaço-tempo. Vale dizer, este alicerce não pode ser estático, sob pena de enclausurar a sociedade a valores ultrapassados. A dinâmica social carece deste fluxo balizado pelos princípios explícitos e implícitos, os quais devem estar centrados na dignidade da pessoa humana.

O homem concreto, inserido na sua realidade social deve ser o núcleo de toda a atuação administrativa – imperioso que se humanizem as relações havidas entre cidadão e Administração Pública. A vertente orientadora da humanização da Administração Pública passa, necessariamente pela confiança, lealdade e boa-fé que deve se presentificar em todos os atos. Não basta a mera intenção de fazer o bem ou realizar o interesse público; a época exige concretização substancial, sob pena da retórica permanecer vazia de conteúdo.

Estes reclames podem ser condensado num único princípio – o direito fundamental à boa administração pública que nada mais é do que a somatória de todos os princípios implícitos e explícitos dispostos na Constituição Federal. Portanto, iminente a recuperação do senso ético, tendo como eixo central a pessoa humana, já que as funções públicas devem estar a serviço do bem estar da coletividade. A dignidade do homem (considerado inserido em sua realidade concreta) é o ponto inicial de qualquer fundamentação ética, como

⁴⁷⁹ GABARDO. Op. cit., p. 36.

⁴⁸⁰ ROCHA. Princípios.... Op. cit., p. 191.

também é o fim último da pretensão; logo, há que se considerar todos os homens possuidores da mesma dignidade – sem diferenças – há que se admitir o ‘outro’, arraigado na diversidade, multiplicidade e complexidade, para que existe ‘eu’⁴⁸¹.

A perspectiva ética é um ingrediente imprescindível para o compromisso em solucionar os problemas dos nossos tempos. Há que se refletir sobre os problemas e necessidades e escolher que caminho a seguir, tendo no horizonte a dignidade da pessoa humana.

Por isso, mais do que nunca há que se buscar o “governo limitado às garantias dos direitos fundamentais e ao exercício da cidadania. Há que se buscar o impossível para conseguir o possível – portanto, um realismo sensato nos exige lutar pelo impossível para conseguir o possível”⁴⁸². A lição é oportuna: é tempo de edificar um ponto entre o momento inicial e as novas possibilidades, as potencialidades daquilo que não é, mas que pode vir a ser – a factibilidade⁴⁸³.

Assim, em face da porosidade do sistema jurídico atual, torna-se urgente que ocorra a transposição do conceito ético para o direito de maneira a subsidiar todo ordenamento jurídico, tendo como núcleo a dignidade do homem, de forma a assegurar a manutenção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em concreto.

⁴⁸¹ ARAÑA. Op. cit., p. 26.

⁴⁸² ANDERSON. Op. cit., p. 196.

⁴⁸³ LUDWIG. Op. cit.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 1949.
- ALFONSO, Luciano Parejo. Eficácia y Administración – Três Estudos. Madrid: Instituto nacional de Administración Publica, 1995, p. 113.
- AMARAL NETO, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. Separata de: O Direito, Rio de Janeiro, a. 125, v. I-2, 1994.
- ANDERSON, Perry. “Balanço do neoliberalismo”. SADER, Emir e GENTILI, Pablo (org.) Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 1998.
- _____. As origens da Pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1999.
- APEL, Karl-Otto e outros. Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación. México: Siglo Veintiuno, 1992.
- _____. Transformação da Filosofia. São Paulo: Loyola, 2000. 2 v.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Editora Moderna, 1999.
- ARAÑA-MUNHOZ, Jaime Rodriguez. La dimensión ética. Madrid: Dykinson, 2001.
- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. 2ª. ed. Brasília : UnB, 1985.
- ASHLEY, Patrícia Almeida. Ética e responsabilidade Social nos Negócios. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “Ética Pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutórios”. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. “Profissionalização da função pública: a experiência brasileira”. Revista de Direito Municipal n. 11/ jan./mar./2004, p. 96.
- _____. Direito administrativo e o novo código civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveria. O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia. Unisinos: São Leopoldo, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. A modernidade líquida. (trad. Plínio Dentzien) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. Em busca da política. (trad. Marcus Penchel) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. Globalização: consequências humanas. (trad. Marcus Penchel) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. Tempos líquidos. (trad. Carlos Alberto Medeiros) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

_____. Do país constitucional ao país neocolonial. São Paulo: Malheiros, 1999.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo. V. 25, p. 457, jul/set., 1951.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República/Câmara da Reforma do estado, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Wagner. "A reforma administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e *accountability*". Revista do Serviço Público n. 3. Brasília: ENAP, set./dez., 1997, p. 25.

CAPUTI, Maria Claudia. La ética pública. Buenos Aires: Depalma, 2000.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 8ª. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CORBISIER, Ronald. Filosofia política e liberdade. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e boa-fé. Curitiba, 1998, Tese de doutorado em Direito do estado, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de Espana. I., 1 3ª. Ed. Madrid, 1955.

DUPAS, Gilberto. Tensões contemporâneas entre o público e o privado. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DUSSEL, Henrique. Ética da libertação - na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALZONE, Guido. Il Doveri di Buona Amministrazione. Milão: Giufre, 1953.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro. 10ª. Ed. São Paulo: Globo, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé no direito administrativo. Curitiba, 2005. Dissertação de mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito. Universidade federal do Paraná.

_____. “O público e o privado na administração pública”. GUIMARÃES, Edgar. Cenários de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho. São Paulo: LTr., 2002.

_____. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 23ª. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

____. Discrecionalidade.....

GABARDO, EMERSON. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emersosn. O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Curitiba, 2009. Tese de doutorado em Direito do Estado, Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: parte general. 5ª. Ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUIMARÃES, Edgar. Cenários de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HART, Hebert Lionel Adolphus. O conceito de direito. 4ª. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005

HENDERSON, Hazel. Além da Globalização. São Paulo: Cultrix, 2003.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil. São paulo, n. 45, jul/set 1988.

IKEDA, Daisaku. Competição Humanitária: Nova esperança na história. Proposta de Paz 2009 enviada à ONU em 26 de janeiro de 2009.

JAPIASSÚ, Hilton. Dicionário básico de Filosofia. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 139.

KANT, Immanuel, Crítica da Razão Prática, Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 183.

____. Fundamentos da metafísica dos costumes. Lisboa: Ed. 70, 1960.

KOZICKI, Katya. “Democracia radical e cidadania: repensando a igualdade e a diferença a partir do pensamento de Chantal Mouffe”. FONSECA, Ricardo Marcelo. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LAFER, Celso. A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com Hannah Arandt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. O problema ético na administração pública contemporânea brasileira. In PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Monografia Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Abili Iázaro Castro de. Globalização econômica, política e direito. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ética e administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Direito Administrativo Moderno. 10^a. Ed. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21^a. Ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26^a. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A ética nas funções do Estado. Fórum Administrativo, Belo Horizonte: Fórum, n. 28, jun/2003.

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo e Princípio da Eficiência. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo ANDRÉS (coords.). As leis de processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. “Princípio da moralidade e seu controle objetivo”. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. Corrupção, ética e

moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 341.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena *et al* [Orgs.]. Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOLAN, Lord. Normas de conduta para a vida pública. Trad. Isabel Taveira, Istvan Vajda, Patrícia Zimbres, Theresa Catarina e Vanira Taveira. Brasília: Enap, 1997.

PEGORARO, Olinto A. Ética e justiça. Petrópolis: Vozes, 1995.

____. Ética dos maiores mestres através da história. Petrópolis: Vozes, 2006.

PÉREZ, Jesús González. El principio general de la buena fe em el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1983.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2003.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Lisboa: Presença, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUANET, Sérgio Paulo. Mal-estar na modernidade. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

SANTOS, Boaventura de Souza (org). A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 2002.

____. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez. 2000.

SCHIER, Adriana. A participação popular na Administração Pública: O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

____. "Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais". GUIMARÃES, Edgar. Cenários de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos de Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? Revista Del Rey : Belo Horizonte, dez/97, p. 17).

SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.

SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed., Malheiros: São Paulo. 2004.

TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Petrópolis: Vozes, 1997.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Forense, p. 208.

VAZ, Henrique C. de Lima. Escritos de filosofia - ética e cultura. São Paulo : Loyola, 1988.

____. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

WEBER, Max. Ensaio de sociologia política. Rio de Janeiro: Zatar, 1963.

ZANCANER, Weida. Limites e confrontações entre o público e o privado. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.) Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ZANOBINI. Guido. Corso di Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 1936.

REFERÊNCIAS DE SITES:

www.aneel.gov.br

www.anticorruption.gov.ar/centrodoc.

www.bancomundial.org/wbi/governance/esp

www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio

www.diputados.gov.ar

www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM

www.hcdn.gov.ar

www.ibge.go.br

www.justice.gouv.fr/scpc

www.law.cornell.edu/uscode/5

www.legifrance.gouv.fr

www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm

www.noticias.juridicas.com

www.oecd.org

www.parlamento.gub.uy/constituciones

www.parlamento.gub.uy/leys

[http://portal.prefeitura.sp.gov.br/noticias/ars/jabaquara/2009/01/001,](http://portal.prefeitura.sp.gov.br/noticias/ars/jabaquara/2009/01/001)

www.sedeco.df.gob.mx/actividades/informes/ley_transparencia

www.usoge.gov

www.iso.org

www.sgi.org

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOFF, Leonardo. Ethos Mundial. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EAGLETON, Terry. As ilusões do pós-modernismo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ESCOLA, Héctor Jorge, El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalme, 1989.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2ª. Ed. Curitiba: Gênese, 1993.

IANNI, Octavio. Enigmas da Modernidade-Mundo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

LYOTARD, Jean- François. A condição pós-moderna. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

RANGEL JÚNIOR. Hamilton. Princípio da moralidade institucional. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro : Graal, 1989.